



3 1761 08305212 6



UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY

purchased from the
FORD FOUNDATION GRANT

for

EAST EUROPEAN STUDIES





S B O R N Í K V Ě D P R Á V N Í C H A S T Á T N Í C H.

ZALOŽIL BOHUŠ RIEGER.

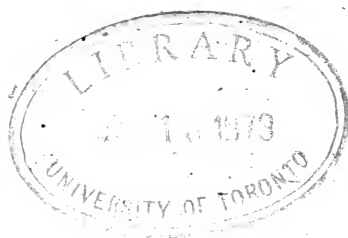
ZA ÚČASTENSTVÍ ČLENŮ
PRÁVNICKÉ FAKULTY KARLOVY UNIVERSITY
VYDÁVÁ K. KADLEC.

PODPOROU MINISTERSTVA ŠKOLSTVÍ A NÁRODNÍ OSVĚTY, ČESKÉ AKADEMIE
VĚD A UMĚNÍ A PRÁVNICKÉ JEDNOTY V PRAZE.

Ročník XX.

V Praze 1920

Nákladní: Tmášík a Křehouta, knihkupci univerzitní v Praze, a Česká
Akademie věd a umění.



K-
23
B67
roč. 20

Obsah ročníku XX.

ČLÁNKY:

<i>Hoetzel Jiří</i> , Ústavní listina Československé republiky	1
<i>Laštovka K.</i> , Nástin župního zřízení	25
<i>Krčmář Jan</i> , Několik poznámek k chystané reformě práva občanského	35
<i>Kallab Jaroslav</i> , K nauce o přičetnosti a trestnosti se zřetelem na trestní odpovědnost mládeže	60
<i>Horáček Cyrill jun.</i> , Porušení belgické a lucemburské neutrality Němcem ve světové válce	89
<i>Stieber M.</i> , Vývoj a právní povaha vlastnickovy hypoteky	161
<i>Müller František</i> , O nekalé soutěži	239
<i>Dr. Volkar</i> , Účast občanstva v jurisdikci okresních a župních úřadů	249
<i>Chalupný E.</i> , Právní filosofie V. S. Solovjeva	270
<i>Vančura Josef</i> , Právní jednání a akt vrchnostenský	288

LITERATURA:

Část všeobecná:

Národní shromáždění československé v prvním roce republiky. — Rok práce. (<i>K. K.</i>) — Hodža Milan, Československý rozkol. — Škultéty Jozef, Sto dvadsaťpäť rokov zo slovenského života. (<i>Karel Kadlec</i>) Nistor I., Der nationale Kampf in der Bukovina. (<i>X. X.</i>)	103
Kerner Robert Joseph, Slavic Europe. (<i>Karel Kadlec</i>) — Hručevsky Michel, Abrégé de l'histoire de l'Ukraine. (<i>X. X.</i>)	295

Právní filosofie:

Weyr, Základy filosofie právní. (<i>Jaroslav Kallab</i>)	114
--	-----

Právní dějiny:

Římské právo. Novější věda italská o definicích římských obligací. (<i>Jan Vážný</i>) — Nové theorie italské o vzniku římské obligace. (<i>Jan Vážný</i>) — Der Gnomon des Idios Logos. (<i>L. Heyrovský</i>) — Paul M. Meyr, Juristische Papyri. (<i>L. Heyrovský</i>) — Moriz Wlassak, Anklage und Streitbeilegung im Kriminalrecht der Römer. (<i>L. Heyrovský</i>) — Moriz Wlassak, Zum römischen Provinzialprozess. (<i>L. Heyrovský</i>)	135
--	-----

- Kadlec Karel, Dějiny veřejného práva ve střední Evropě. (*Boh. Baxa.*) — Kisch Guido, Leipziger Schöffenspruchsammlung. (*K. K.*)
— Josef Vacek, Církev katolická a manželství (*Henner*). 297

Trestní řízení:

- Lohsing Ernst, Österreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung. (*Kallab*). 309

Národní hospodářství:

- Fiedler Fr., Socialismus před válkou a po válce. (*Dr. Ant. Hamann.*) 310

Zprávy:

- Paměť čtyřstého výročí úmrtí m. V. Kornela ze Všehrd. — Oslava 70. narozenin univ. prof. Dra. Frant. Storcha. — Památce polského právního historika slavisty. (*K. Kadlec.*) — Jiné zprávy 312
-

Ústavní listina Československé republiky.

Dr. Jiří Hoetzel.

Poslední únor 1920 zůstane historickým dnem naší republiky. Toho dne byl v Národním shromáždění odhlasován soubor zákonů, kterými se kladly definitivní právní základy našeho státu. Odhlasované zákony mají různou právní povahu. Ústavními zákony v technickém smyslu jsou mezi nimi jen ústavní listina a zákon jazykový. Ostatní zákony jsou zákony obyčejné, prosté. Zejména sem patří řád volení do sněmovny poslanecké, zákon o složení a pravomoci senátu, zákon o zřízení župních a okresních úřadů. Omylem se tyto zákony označují za zákony ústavní.

Chci vylíčiti v tomto pojednání vznik a tendence ústavní listiny, nepouštěje se prozatím do všech podrobností. Bude napsáno jistě mnoho kritických prací o naší nové ústavě. Je proto záhodno, aby byl osvětlen její vznik v celku i v jednotlivostech. Na jedno budiž důrazně upozorněno: ústava naší republiky je dílem kompromisu a jako taková musí býti posuzována. Mocenské poměry stran byly takové, že nebylo možno počítati s tím, aby ústava vypadla tak, jak by odpovídalo přáním některé strany anebo dokonce názorům některého theoretika. Nešlo tu v první řadě o dílo vědecké, nýbrž politické. Všeobecně lze říci, že nevíťezila žádná strana úplně. Kdo byl svědkem urputného boje o jednotlivá hlavní ustanovení ústavní listiny a jazykového zákona, musí v uzákonění ústavy viděti jistě aspoň potud vítězství celého státu, když ne — bohudík — stran, že vůbec máme definitivní ústavní řády.

Š některých stran nebyla naše ústava a zákony s ní souvislé posuzovány příznivě, bylo na ně útočeno, ba byly kritisovány i zlomyslně od Čechů. U nás bylo vždy více kritiky a negativní práce než činnosti tvůrčí. Přes rok se vědělo, že musí dojiti k velikým pracím ústavním a k pronikavé reformě veřejné správy.

Přímou překvapuje, že širší veřejnost (i odborná) skoro ničím nepřispěla k dílu pro náš stát významnému. Vláda a ústavní výbor Národního shromáždění byly odkázány při svých pracích jen na sebe; zvenčí mohly čekati jen podezřívání a zlehčování. V zájmu historické pravdy musí zde býti zdůrazněno, že jak vláda tak ústavní výbor pojímaly svůj úkol na výsost vážně.*) Ministerstvo vnitra vypracovalo některé předlohy do nejmenších podrobností, k jiným připravilo zevrubný (paragrafovaný) materiál. Jednání v ústavním výboru zůstane mi vždy vzácnou upomínkou. Nezasvěcenci ani netuší, kolik poctivé práce se tu vykonalo, kolik lidí snášelo všecko, co měli nejlepšeho, ke zdaru velikého díla. V celku lze říci, že politické strany stály až na malé výjimky za tím, co jejich zástupci v ústavním výboru schválili.**)

Nesmí se přehlížeti, že v krátké době musila býti a byla vykonána práce, jež by za normálních poměrů vyžadovala několikánásobné doby, že těžiště práce spočívalo po celou dobu na několika málo lidech. Nelze konečně nevzpomenouti toho, čím se o celé dílo zasloužilo ministerské úřednictvo. Konám svou povinnost, když na ně tuto upozorňuji. Tím spíše tak činím, čím paušálněji se toto úřednictvo u nás odsuzuje. Tvrdím dokonce, že bez pomoci ministerstev by Národní shromáždění nebylo mohlo vykonati svého díla.***)

Ústavní listina Československé republiky chtěla původně obsáhnouti všechny ústavní předpisy. Z důvodů spíše zevních byla porušena tato unifikační tendence tím, že zásady jazykového práva byly pojaty do zvláštního zákona jako součást ústavní listiny (§ 129 úst. list.). Kromě toho byly do ústavní listiny

*) Na věčnou paměť přibíjíme zde slova, pronesená ve Zvonu a svědčící o směšné a praubohé zaujatosti k velikému ústavnímu dílu: „V době dohledné příslušný papír se rozpadne z útrpnosti, aby potomstvo nepoznalo, jakou dala ústava ta práci, co oprav a co neváznosti“.

**) Sám jsem koncipoval ústavní listinu. V mnohých směrech vypadal původní můj návrh jinak. Musil projíti co do zásadních otázek vládou, poradami stran koalovaných, na to poradami stran mimo koalici. Modifikace způsobilá i jednání v ústavním výboru. Nebyl jsem účasten při sdělování jazykového zákona, řádu volení do sněmovny poslanecké a při utváření územního základu žup.

***) O soubor zákonů usnesených 29. února a později Národním shromážděním se zvláště zasloužili tito úředníci mé zákonodárné sekce ministerstva vnitra: Dr. Bobek, Dr. Laštovka; přispěli zvl.: Dr. Joachim, Dr. Mašek, Dr. Mach, Dr. Kalousek a Dr. Ott.

zahrnutý jen některé zásadnější otázky týkající se práva voliti a volitelnosti do sněmovny poslanecké a senátu (§§ 8 a násl. úst. list.). Chtělo se umožniti, aby změna ostatních předpisů volebních řádů byla ulehčena. Už na tomto místě upozorňuji, že princip vázaných listin nestojí pod sankcí ústavního zákona (§ 33 úst. list.); k jeho odstranění stačila by obyčejná většina uvedená v § 32 úst. list.

Ústavní listina skládá se ze šesti hlav a jest uvedena uvo-zovacím zákonem o 10 člancích; plenum Národního shromáždění usneslo se podle vzoru některých cizích ústav k návrhu Herbe-novu na pěkném a výstižném mottu.

Ústava naší republiky musila býti sdělávána hlavně bez ú-časti Němců, kteří se do té doby nepřihlásili loyálně pro naši republiku. Ústava naše je však vypracována tak, že odpovídá všem slušným požadavkům stran menšin národních (racových) a náboženských. Nepředpojaté posuzování musí to uznati. Kdo ovšem myslil na to, že náš stát bude utvořen jako stát spolkový, nebude s naší ústavou spokojen. Ale tomu není také pomoci. Malý náš stát by prostě nesnesl struktury republiky spolkové. Mezinárodně nejsme k takovému utvoření našeho státu povinni. Povinnost k naší státní samostatnosti nás kategorický nutí trvati na tom, že naše republika může býti jen státem jediným, ne-dílným. Je zajímavo, že pro federativní charakter našeho státu jsou zvláště ti Němci, kteří za války neměli ani slova odsouzení pro ty plány svých soukmenovců, podle kterých jsme měli býti přitlačeni ke stěně, ne-li úplně zničení. My jsme ze své republiky utvořili stát, v kterém se mohou cítiti spokojenými všechny men-šiny klidně a objektivně usuzující. Sami máme zájem na tom, aby náš stát umožnil všem občanům spokojený a klidný život. Nemůžeme však přistoupiti na přemrštěné požadavky, ať pocházejí odkudkoli.

Federalisaci naší republiky pokládal bych za hotové neštěstí. Poukazy na Švýcarsko kulhají na obě nohy. Mírová konference uznala v té příčině naši situaci, postavivši se na stanovisko jed-notnosti; jednodílnosti našeho státu. Jedinou výjimku připustila stran Podkarpatské Rusi. Zde arci poměry byly zcela zvláštní. Nešlo tu o přivtělení území na základě jednostranného, výsledkem války odůvodněného diktátu, nýbrž o dobrovolné připojení se k naší republice. Smlouva mezi hlavními mocnostmi spojenými

a přidruženými a republikou Československou v Saint-Germain en Laye ze dne 10. září 1919 upravuje v čl. 10.—13. státoprávní postavení Podkarpatské Rusi. Podle čl. I. cit. mírové smlouvy nejsme povinni prohlásiti čl. 10.—13. za předpisy fundamentální, t. j. nejsme povinni normy ty pojmouti do ústavní listiny. Přes to byl do ústavní listiny pojat § 3 odst. 2.—9. Stalo se tak z několika důvodů. Podkarpatské Rusi mělo se dostati postavení zaručeného samou ústavní listinou. Ústavní forma tohoto zaručení chtěla také zevně naznačiti, že Podkarpatská Rus je nedílnou součástí naší republiky (§ 3 1. odst. úst. list.), třeba že vypravenou největší autonomii slučitelnou s jednotností naší republiky (čl. 10. Saint-Germainské smlouvy). § 3 úst. list. výslovně zdůrazňuje, že Podkarpatská Rus se k naší republice dobrovolně připojila, aby se tím zamezily jakékoli právnické poukazy per analogiam.

Stylisace mírové smlouvy Saint-Germainské shora citované, i pokud jde o čl. 10.—13., naprosto nevyniká zvláštní jasností. Poukazuji zde zcela otevřeně na to, že při legislativním provádění těchto článků mírové smlouvy narážíme na veliké obtíže. Až budou vydány podrobné zákony provádějící čl. 10.—13. mírové smlouvy, resp. § 3 úst. list., vysvitne, jak nešťastně je mírová smlouva stylisována. Ze slov „*unité autonome à l'intérieur de l'État tchécoslovaque*“ nedá se vyvozovati, že by Podkarpatská Rus měla postavení nějakého samostatného státu stojícího k naší republice v poměru federativním. Autonomnost území Podkarpatské Rusi záležitosti má 1. v existenci zvl. autonomního zákonodárného sboru (*Diète autonome*) s určitě vymezenou působností, 2. v tom, že guvernér v Podkarpatské Rusi „bude jmenován prezidentem Československé republiky a bude odpověden „rusínskému“ sněmu“.

Běží tedy o svébytnost legislativní a administrativní. Proto § 3 úst. list. užívá promíšeně slov „autonomní“ a „samosprávný“, ač původci tohoto § dobře si byli vědomi theoretického lišení obou těchto slov, resp. pojmů jimi vyjádřených. Legislativní působnost sněmu Podkarpatské Rusi jest, jak řečeno, omezena. Čl. 11. mírové smlouvy Saint-Germainské omezuje ji na věci „jazykové, vyučovací, náboženské a věci místní správy (*questions d'administration locale*)“, konečně na takové věci, které by Národní shromáždění Československé republiky výslovně přeneslo

na sněm Podkarpatské Rusi. Už při prvním čtení vznikají otázky : vztahuje se zákonodárná působnost sněmu Podkarpatské Rusi na všechny otázky jazykové v území P. R. ? Konkrétně mluveno : Co může z jazykového práva upravovati autonomní sněm P. R. ? Může na př. upravovati jazykové styky všech úřadů Podkarpatské Rusi mezi sebou a s úřady republikánskými, zvláště s ministerstvy ? Co jsou to „věci náboženské“ ? Patří sem i majetkové vztahy náboženských společností a jedinců ex titulo náboženské příslušnosti ? Co jsou „věci vyučování“ ? Patří sem také vysoké školy ? Atd. atd. Co je to „místní správa“ ? Je to snad správa obecní, či také okresní, po případě župní ? Máme se při výkladu držeti terminologie francouzské či anglické ? Velikou otázkou je, jak se má vymeziti působnost, resp. odpovědnost guvernéra Podkarpatské Rusi. Jaké části výkonné moci na území P. R. stojí v čele ? Stojí v čele veškeré správě Podkarpatské Rusi nebo jen její části a které ? Máme jej stavěti v čelo jen té části Podkarpatské Rusi, která odpovídá zákonodárné působnosti autonomního sněmu ? Odpovídá také jen z této části moci výkonné ? Jak je to se soudnictvím Podkarpatské Rusi ?

Takhle se přece nemá formulovati mírová smlouva !

Všecky tyto pochybnosti a výkladové svízele vysvětlují, proč § 3 úst. list. v celku parafrasuje — z opatrnosti — ustanovení mírové smlouvy, nechávaje možnost činiti guvernéra Podkarpatské Rusi odpovědným i vládě, resp. presidentovi Československé republiky. V proudu jsou jednání mezi naší vládou a representanty Podkarpatské Rusi, která mají umožniti, aby nynější provisorní statut pro P. R. byl vystřídán úpravou definitivní. Snahou naší republiky bude plně vyhověti duchu čl. 10. mírové smlouvy. M. j. půjde také o to, aby se mohl ustaviti autonomní sněm Podkarpatské Rusi. V 8. odst. § 3 úst. list. byla vládě poskytnuta možnost pouhými nařízeními upravit otázky nutné k organizaci autonomního území Podkarpatské Rusi.

Legislativní kompetence sněmu P. R. chráněna jest ústavním soudem (srovn. zákon o ústavním soudě ze dne 9. března 1920 č. 162 Sb. z. a n.). Území Podkarpatské Rusi vysílá do centralního parlamentu naší republiky (Národního shromáždění) přiměřený počet poslanců (senátorů) „podle příslušných volebních řádů československých“. Nebylo tedy přistoupeno k názoru, jakoby sněm Podkarpatské Rusi sám mohl určovati počet a způsob

volby (vysílání) poslanců a senátorů do Národního shromáždění. Také nebylo vyhověno požadavku, aby řečené poslance (senátory) do Národního shromáždění vysílal sněm Podkarpatské Rusi. Naše republika se rozhodla pro princip přímých voleb vyjádřující více jednotu našeho státu. Tento princip přímých voleb se opírá o znění čl. 13. mezinárodní smlouvy: „des députés élus conformément à la constitution de la République tchécoslovaque“. Táž mírová smlouva ustanovuje, že tito členové Národního shromáždění nebudou mít práva hlasovacího ve všech věcech legislativních, které přísluší sněmu Podkarpatské Rusi. Ústavní listina na konec odhodlala se k tomu, že neužila tohoto obmezivého ustanovení mírové smlouvy (§ 32 úst. list.). Jsou tedy poslanci (senátoři) voleni z území Podkarpatské Rusi plnoprávními členy Národního shromáždění.

Ná přání slovenského klubu bylo do § 3 úst. list. pojata ustanovení (odst. 9.), že hranice mezi Podkarpatskou Rusí a ostatním územím Československé republiky budou ustanoveny ústavním zákonem (§ 33 úst. list.).

Jednotnost našeho státu zdůrazněna je také v § 4 ústavní listiny o tom, že státní občanství je pro celou oblast republiky „jediné a jednotné“. To znamená, že musí býti upraveno pro celé území republiky stejným způsobem a že samosprávné území Podkarpatské Rusi nemá svých vlastních příslušníků. Schází mu tedy do státnosti osobní substrát.

Ústavní listina neměla původně ustanovení o tom, které město je městem hlavním. Návrh ústavní listiny pokládal to za samozřejmé. Návrh jednoho moravského poslance, aby hlavním městem naší republiky bylo Brno, způsobil, že do § 5 úst. list. byl pojat nynější jeho 1. odstavec.

K provedení ostatních odstavců § 5 vydán zvláštní zákon o státní vlajce a znacích.

Hlava druhá ústavní listiny jedná o moci zákonodárné. Tato hlava byla v některých svých partiích předmětem největších bojů.

§ 6 úst. list. unifikuje výkon zákonodárné moci: republika naše má (mimo sněm Podkarpatské Rusi) jediný zákonodárny orgán: Národní shromáždění. Zákonodárná činnost zemských sněmů byla odstraněna už provisorní ústavou. Mezi projednáváním ústavy nebylo vlastně žádných hlasů volajících po obnově zákonodárné činnosti zemských sněmů. Volání takové bylo by hoto-

vou absurdností v našem malém státě. V § 7 úst. list. prohlašuje se zákonodárná a správní činnost zemských sněmů za zaniklou. Jen mimochodem upozorňuji na to, s jak různými názory setkávali jsme se při řešení otázky, kdo má nastupovati za zemský sněm v případech, kde bylo podle dosavadních předpisů třeba usnesení sněmovního, resp. takového usnesení schváleného císařem. Praxe velice kolísala, ba jeden zemský výbor zastával průběhem doby v téže otázce různé názory. Bude jednou po náležitém odstupu časovém vděčným úkolem vyličití různé tyto názory a dopátrati se jejich motivů. Tvrdošíjně boje se vedly o to, má-li se zřídití jednokomorový zákonodárný orgán nebo dvoukomorový. Střetly se zde dva světové názory a hned od počátku bylo jasno, že boj skončiti musí kompromisem. Vládní předloha ve své důvodové zprávě obšírně odůvedňuje své stanovisko pro system komor dvou. Můj původní návrh hájil různé složení sněmovny poslanecké a senátu. Senát měl býti volen z $\frac{2}{3}$, ostatek jmenován (volným) presidentem republiky k návrhu vlády, při čemž se mělo přihlížeti ke všem složkám duševního a hospodářského života. V úvahu přicházela také ta eventualita, že by se část senátu volila veřejnoprávními organisacemi zemědělství, obchodu a průmyslu, sdružení dělnických a p. Na závadu této eventualitě bylo, že některé složky hospodářského života nebyly dosud veřejnoprávně organisovány a nebylo možno organisaci takovou v čas „vydupati“. Bylo jasno, že částečné jmenování senátorů není nejdemokratičtější a padala tu na váhu také skutečnost, že Severoamerická Unie nominování senátorů legislacemi jednotlivých států nahradila r. 1912 volbami přímými. Šlo mi však o to, aby složení senátu bylo podstatně jiné než u sněmovny poslanecké. Jen od takové různosti sliboval jsem si úplné plnění úkolů, jež se na senát skládají. I jinak se měl senát lišiti od sněmovny poslanecké. Neměl býti rozpustitelný, měl se částečně obnovovati, volební právo bylo vázáno na vyšší věk (30. rok). Požadavek nerozpustitelnosti senátu padl už ve vládě, jež však akceptovala částečnou nominaci senátorů. Úsilí o senát narazilo na silný odpor zvláště sociálně demokratického klubu, jenž zásadně byl pro system jednokomorový, prohlásil však, že by mohl snést senát, avšak takový, který by byl naprosto demokraticky složen a nebyl činitelem politicky významným.

Nejdříve padlo částečné jmenování senátorů. Houževnaté boje vedly se o věkovou hranici pro aktivní právo volební. Na

konec — v pohnuté schůzi ústavního výboru — prošel dokonaný 26. rok (nikoli 30. rok). Neobyčejně těžce se bojovalo o pravomoc senátu. Navrhoval jsem zásadní naprostou paritu obou sněmoven; obě měly mít právo legislativní iniciativy, vládní předlohy mohly by býti podávány napřed u kterékoli sněmovny. Tyto návrhy nedošly souhlasu v poradě koalovaných stran. Někteří žádali, aby některé věci mohly býti projednávány jen ve sněmovně poslanecké beze vší účasti senátu, jiní trvali aspoň na tom, aby některé vládní předlohy musily projít napřed sněmovnou poslaneckou. Dosti jednomyslnosti bylo v požadavku, aby nedůvěru vládě vysloviti mohla jen sněmovna poslanecká.

Důvodová zpráva vládní uvádí argumenty pro tento požadavek.

Výsledkem tvrdých půtek a debat místy pohnutých byl senát ústavní listiny, dílo každým coulem kompromisní, které nese zřetelnou pečeť snahy vyvyšovati sněmovnu poslaneckou nad senát i v otázkách dosti podružných. I zde zdůrazňuji, že nikterak nesdílím obvyklého pesimistického názoru o nynějším senátu. Sama vysoká hranice věková stanovená pro volitelnost do senátu už mnoho znamená. Strany mají při vázaných listinách niveau senátu v moci potud, že mohou do něho vysílati skutečné kapacity bez rozdílu stranické příslušnosti. Této možnosti nebude asi žádnou stranou využito co nejvydatněji, může se naopak státi, že strany citící zásadní odpor proti senátu nebudou do něho vědomě vysílati nejlepších svých lidí.

Řád volení do poslanecké sněmovny jest veskrze demokratické a v každém směru účty hodné dílo. Je propracováno do všech podrobností; snahou urychlití zvolení nové sněmovny vysvětlují se některé příliš krátké lhůty, jež v praxi lze dodržeti jen s největším napjetím sil administrativy. Nejprudší útoky vedeny byly proti vázaným kandidátním listinám. Své stanovisko k nim precisoval jsem v Národních Listech 28. března 1920. K poznámkám Národních Listů k mému stanovisku uvádím, že Národní Listy v nepodepsaném článku neličí skutečné situace pravdivě.

Prudce se zápasilo o § 20 úst. listiny. Přihlíženo bylo k poměrům francouzským, belgickým a uherským (str. 1. násl. vládní důvodové zprávy připojené k tisku 2421.). Konečná stylisace § 20 znamená kompromis, kde vlastně žádná zásada nebyla pro-

vedena důsledně. „Zaměstnanec ve státních službách“ znamená osobu zaměstnanou ve službách státních bez ohledu na to, jde-li tu o služební poměr veřejnoprávní či soukromoprávní. Důvodem § 20 1. odst. je závislost zaměstnancova na státu. „Jiní veřejní zaměstnanci“ v 2. odst. § 20 jsou charakterisováni povahou svého zaměstnavatele.

Poměr obou sněmoven je takovýto:

Návrhy zákonů mohou vycházeti buď od vlády nebo od kterékoli sněmovny. Tím je zaručeno stejné právo iniciativy zákonné oběma sněmovnám. Vláda musí však své předlohy zákona rozpočtového a branného napřed předložit sněmovně poslanecké. Stran zákona rozpočtového (rozpočtu) nemá ústavní listina jinakého ustanovení. Nepokládalo se za nutné výslovně stanovit, že rozpočet platí na rok. Pokládalo se to za samozřejmé a plyne to z dosavadního právního řádu, na němž nic ústavní listinou nebylo měněno. Ostatně sněmovna má v konkrétním případě vždy možnost stanovit něco jiného, když by to pokládala za nutné nebo vhodné. Padl návrh, aby i jiné vládní zákonné předlohy musily býti napřed předkládány sněmovně poslanecké. Poukázalo se proti tomu k tomu, že je přímo v zájmu věci, aby vláda mohla voliti tu neb onu sněmovnu podle okolností případu (srovn. zákony naprosto odborné beze vší přítěže politické; ty patří jistě napřed do senátu).

Zásadou je, že každý zákon musí projíti oběma sněmovnami, lépe řečeno, že k němu je třeba souhlasného usnesení obou sněmoven. To je velikou vymožeností. Bezvýhradně platí tato zásada o zákonech ústavních. Zákonem ústavním jest ústavní listina, zákony prohlášené za její součásti (zákon na ochranu osobní a domovní svobody §§ 107 a 117 úst. list.), jakož i zákony, které doplňují nebo mění ústavní listinu a její součásti. Tyto zákony musí býti už zevně označeny jako zákony ústavní (čl. I. uvoz. zák.). Prakticky se to projeví co do žádoucí kvalifikované většiny podle § 33 úst. listiny. Při ústavních zákonech, vetovaných presidentem republiky je třeba, aby obě sněmovny se znovu na nich usnesly souhlasně, takže nelze při nich užiti postupu uvedeného v § 48 úst. list. V této souvislosti upozorňuji na to, že referendum není možné při vládních návrzích zákonů ústavních (§ 46 úst. list.).

K usnadnění legislativní práce při obyčejných zákonech vy-

dána byla ustanovení §§ 43 a 44 úst. list. Na vysvětlenou těchto předpisů uvádím: Lhůta, ve které se má senát usnésti o osnově zákona přijaté sněmovnou poslaneckou, činí 6 neděl, resp., pokud jde o zákon rozpočtový a branný, měsíc. Sněmovna poslanecká má k tomu lhůtu tři měsíců. Tento nepoměr lhůt vysvětluje se tím, že sněmovna poslanecká musí počítati s přítěží politických debat a vůbec pomalejšího tempa práce. Tyto lhůty mohou se dohodou obou sněmoven buď prodloužiti nebo zkrátiti (mimo lhůtu danou senátu pro vyřízení osnovy zákona rozpočtového a branného). Aby sněmovna měla opravdu k dispozici předepsanou nebo umluvenou lhůtu, ustanovuje 3. odst. § 43 úst. list., že pro ni běží nová lhůta, když za původní lhůty at zákonné at umluvené uplynulo volební období dotčené sněmovny, nebo byla-li sněmovna ta rozpuštěna, odročena nebo bylo-li její zasedání prohlášeno za zkončené (§§ 30 a 31 úst. list.). Nedodrží-li sněmovna lhůty jí ustanovené zákonem nebo dohodou, finguje se, že souhlasí s usnesením sněmovny druhé. Právě tento právní účinek (odst. 4 § 43) způsobil dlouhé a pečlivé debaty o tom, jak stanoviti příslušné lhůty a jak zabezpečiti sněmovnu před tím, aby nepřišla o možnost jednati o usnesení druhé sněmovny v případech naznačených v 3. odst. § 43 úst. list.

Zvláštní pozornosti zasluhuje § 44 úst. list. V něm je nejpatrněji provedena právní převaha poslanecké sněmovny nad senátem. Usnesení poslanecké sněmovny stane se zákonem přes odchýlné usnesení senátu, když sněmovna poslanecká setrvá na svém zákonném usnesení (zamítnutém nebo změněném od senátu — odst. 4. § 44 úst. list.) nadpoloviční většinou všech svých členů. Takové „přehlasování“ senátu jest však stíženo tehdy, když senát zamítl nebo změnil původní usnesení sněmovny poslanecké tříčtvrtinovou většinou všech svých členů. Bylo by bývalo nespravedливо, aby mínění tak vysoké většiny senátu mohlo býti právně paralysováno obyčejnou většinou všech členů sněmovny poslanecké. Takovéto paralysování je možné, jen když sněmovna poslanecká setrvá na svém původním usnesení třípětinovou většinou všech svých členů! Než i zde stěží vyváží tři pětiny sněmovny poslanecké tři čtvrtiny senátu. Absolutně však počítáno, znamená to při plné presenci 180 poslanců proti 113 senátorům.

Není-li tedy docíleno v poslanecké sněmovně v případě 1. věty 1. odst. § 44 nadpoloviční většiny všech členů sněmovny poslanecké, resp. v případě věty 2. 1. odst. § 44 třípětinové většiny všech poslanců (členů sněmovny poslanecké), původní usnesení této sněmovny *n e s t a n e* se zákonem.

Když návrh iniciativní anebo vládní předloha prošla napřed senátem, je procedura upravena poněkud jinak (2. odst. § 44 úst. list.). Když sněmovna poslanecká schválí usnesení senátu, *s t a n e* se toto usnesení zákonem (§ 42 úst. list.).

Když však sněmovna poslanecká zamítne nebo změní první usnesení senátu, *s e t r v á*-li však tento na svém původním usnesení nadpoloviční většinou všech svých členů, *n e s t á v á* se takové usnesení senátu samo sebou zákonem, jak tomu je podle 1. věty 1. odst. § 44 úst. list., *n ý b r ž* druhé usnesení senátu jde znovu do sněmovny poslanecké. Tato sněmovna musila by (původní) usnesení senátu zamítnouti po druhé, a to nadpoloviční většinou všech svých členů, aby se usnesení senátu *n e s t a l o* zákonem. Z toho plyne a *c o n t r a r i o*, že usnesení senátu *s t a n e* se zákonem, když poslanecká sněmovna se po druhé nevysloví proti usnesení senátu nadpoloviční většinou všech svých členů.

Z 2. odst. 2. věty § 44 úst. list. plyne dále, že legislativní procedura se končí, to znamená *o s n o v a* zákona padá, když senát po druhé *n e s e t r v á* na svém původním usnesení nadpoloviční většinou všech svých členů. Osnovy zákonů zamítnuté způsobem stanoveným v 1. a 2. odst. § 44 úst. list., nemohou býti v žádné sněmovně opakovány před uplynutím roku. Důvod tohoto předpisu je na *b í l e d n í*.

Výklad § 44 odst. 1. a 2. mohl by vésti k pochybnostem v tomto směru: Senát se má na př. usnésti po druhé o své osnově zákona (§ 44 úst. list. odst. 2. věta 2.). Nežli tak může učiniti, byl senát rozpuštěn (§ 31 úst. list.) anebo uplynulo jeho volební období. Nebylo vyloučeno, že by se mohlo tvrditi, že padá pod stůl i jeho první usnesení proto, že *z a n e d o k o n č e n é h o* „chodu zákona“ senát ve svém původním složení zmizel. K vyvarování všech pochybností ustanovuje § 45 úst. list., že první usnesení senátu *n e p a d á* pod stůl, *n ý b r ž* že usnesení senátu nově zvoleného je pokračováním legislativního pochodu po rozumu 2. odst. § 44 úst. list., *č í l i* jeho usnesením druhým po rozumu cit. § 44 2. odst.

Preponderance poslanecké sněmovny výše vyličená projevuje se také v odst. 2. § 48 úst. list.

Otázka bezprostředního výkonu zákonodárné moci lidem samým byla upravena v § 46 úst. list. Výkon ten jest omezen na ten případ, že by Národní shromáždění zamítlo vládní návrh zákona. Vláda může se jednomyslným votem všech přítomných členů vlády (předsedu, resp. jeho náměstka (zástupce) v to počítajíc) usnésti na tom, aby hlasováním lidu bylo rozhodnuto, má-li se zamítnutý vládní návrh státi zákonem.

Je patrné, že od hlasování lidu jako všeobecného institutu si vláda, resp. ústavní výbor, příliš mnoho nesliboval. Přesahovalo by rámeček této stati, kdybych chtěl v ní do podrobností pojednat o všech otázkách s tím souvisejících. Je samozřejmo, že vůči zákonu takto usnesenému není přípustno právo presidenta republiky podle § 47 úst. list.; nejdeť o „zákon usnesený Národním shromážděním“.

*

Jaké postavení má president republiky k usnesením sněmoven o zákonech? Je zcela jiné než bylo v bývalém Rakousku. Naše ústavní listina je zbudována na myšlence, že souhlasná usnesení obou sněmoven anebo taková, o kterých mluví §§ 43 a 44 úst. list., jsou už zákony — srovn. dikci § 44: „usnesení... stane se zákonem“, „osnova stane se zákonem“, usnesení „nestane se zákonem“, § 47: „usnesený zákon“ atd. President republiky může vlastně jen oddáliti publikaci zákona tím, že užije svého práva propůjčeného mu v § 47 úst. list. Podle toho může president republiky vrátiti s připomínkami zákon usnesený Národním shromážděním do měsíce ode dne, kdy usnesení Národního shromáždění bylo dodáno vládě*). Akt, kterým president republiky vrací zákon, je beze sporu úkon vládní, který potřebuje kontrasignace (v praxi se toho — bohužel — nešetřívá). Nešetření tohoto předpisu stran kontrasignace má v zápětí neplatnost úkonu presidenta, což znamená, že by zákon musil býti přece vyhlášen, resp., že by Národní shromáždění nemělo znovu jednat o „vráceném“ svém zákoně právě proto, že mu platně vrácen nebyl. Nelze pro budoucnost dosti důrazně upozorniti na nutnost kontrasignace úkonu presidenta republiky, kterým vrací zákon.

*) Nebylo možno prosaditi znění: „ode dne, kdy usnesení N. Shr. bylo mu vládou dodáno.“

Právo presidentovo není nějakým vetem v pravém smyslu. Sněmovny mohou svým souhlasným usnesením způsobiti, že zákon presidentem republiky pozastavený musí býti vyhlášen. (§ 48 úst. list.) Ba podle II. odst. § 48 může sněmovna poslanecká při druhém svém hlasování podle jmen sama prosaditi, že zákon jest vyhlásiti.

Jinak jest otázka upravena při zákonech sněmu Podkarpatské Rusi. V té příčině ustanovuje § 3 úst. list., že zákony tohoto sněmu se vyhlášují (ve zvláštní sbírce) jen tenkrát, schválil-li je „president republiky svým podpisem“. To znamená, že při zákonech sněmu Podkarpatské Rusi má president republiky právo plného veta. Pozastaví-li některý zákon, padá tento zákon pod stůl a sněm Podkarpatské Rusi nemá práva obdobného právu sněmoven Národního shromáždění podle § 48 úst. list.

Odchylná úprava provedena byla také v případech § 46 úst. list. Jest jasno, že president republiky nemohl by vrátiti zákon, k němuž došlo z vůle lidu. Nepokládalo se za nutné v té příčině vyslovovati pozitivní ustanovení. Stačí držeti se znění § 47 úst. list. Podle toho president republiky může vraceti jen zákony usnesené Národním shromážděním, kdežto § 46 má na mysli případ, že Národní shromáždění z a m í t l o vládní osnovu zákona.

V této souvislosti upozorňuji na ustanovení 12. odst. § 54 úst. list. Opatření stálého výboru podle § 54 úst. list. nelze vyhlásiti, když president republiky s nimi nesouhlasí. Stálý výbor podle § 54 úst. list. je sice zásadně příslušný ve všech věcech náležejících do zákonodárné působnosti Národního shromáždění, nemá však práva vyhrazeného Národnímu shromáždění podle § 48 úst. list. Souvisí to s celkovým nazíráním na opatření zmíněná odst. 12. § 54, při čemž sluší míti na mysli, že opatření ta mají prozatímní moc zákona (§ 54 odst. 12. úst. list.) a právě proto jsou nepřezkoumatelná soudy (§ 102 úst. list.), vyjímajíc soud ústavní (odst. 13. § 54 úst. list.). Dodatkem k těmto otázkám podobným, že můj návrh nedával při § 48 úst. list. privilegovaného postavení sněmovně poslanecké, nýbrž hájil zásadu, že zákon presidentem vrácený jen, tehdy musí býti vyhlášen, když obě sněmovny setrvají na svém usnesení původním dvou třetinovou většinou za přítomnosti nadpoloviční většiny svých členů. Souviselo to s tím, že žádal jsem pro obě sněmovny naprostou rovnoprávnost; to neprošlo však ani ve vládě.

Podle § 51 úst. list. podpisuje zákon také president republiky. Jeho podpis nemá povahy sankce ve smyslu ústavního práva bývalého Rakouska (jinak v případě § 3 úst. list. resp. § 54 odst. 12. l. c.). Zákonodárcem je jen Národní shromáždění a president republiky je povinen podepsati zákon, který vrátil, ale na kterém se Národní shromáždění podle § 48 úst. list. přes to znovu usneslo (srovn. apodiktické znění § 51 úst. list.: „zákon“, to znamená „každý zákon podpisuje president republiky“). Aby byla nade vši pochybnost proklamována zásada, že Národní shromáždění je sam o zákonodárcem, pojal jsem do § 49 úst. list. ustanovení: „Národní shromáždění republiky Československé usneslo se na tomto zákoně.“ Toto ustanovení bylo do § 49 pojato také proto, aby se zamezilo kolísání praxe v této příčině.

Na jednu věc bych rád na tomto místě upozornil. Podpisy presidenta republiky a ostatních funkcionářů uvedených v § 51 úst. list. mají osvědčiti, že publikovaný zákon byl opravdu usnesen Národním shromážděním podle ustanovení ústavní listiny. Jestliže by se však stalo, že by publikovaný zákon se nekryl s usnesením Národního shromáždění — a takový případ už opravdu se stal! —, bude přece takový zákon platiti už proto, že není v naší republice orgán, který by mohl takový zákon v tomto směru přezkoumávati — srovn. níže výklady k § 102 úst. list. Že by ani ústavní soud tu nebyl příslušný, nepokládám za pochybné. Proti mému návrhu pojato bylo do § 49 úst. list. ustanovení 1. odst., že „k platnosti zákona je třeba, aby byl vyhlášen a to způsobem, jak ustanovuje zákon.“ Pokládám tuto zásadu za samozřejmou v nynějším vývoji státním, nehledíc k tomu, že máme zvláštní zákon o vyhlásování zákona (a nařízení). Tento zákon předpokládá jako něco samozřejmého, že zákon nepublikovaný ve Sbírce zákonů a nařízení neplatí. Pro publikaci zákonů stanoveny jsou v 3. odst. § 49 úst. list. lhůty. Doslovný výklad 1. věty cit. 3. odst. § 49 vede k závěru, že osmidenní lhůta vyhlášovací běží vždy od uplynutí měsíční lhůty § 47, tedy i tehdy, když by president republiky zákon podepsal před uplynutím této lhůty měsíční.

§ 49 úst. list. byl poslední dobou různě vykládán. Vyskytl se m. j. názor, že jsou neplatné zákony — a že by to mohly prohlásiti soudy —, při kterých po účinnosti ústavní listiny nebylo užito uvozovací věty zmíněné v 2. odst. § 49 úst. list. Byl jsem si

vědom nebezpečí, které by hrozilo bezpečnosti právní, kdyby soudy mohly prohlásiti za neplatný zákon, který na př. nebyl vyhlášen ve lhůtě uvedené ve 3. odst. § 49 anebo kde se opomenulo uvéstí, který člen vlády má zákon prováděti at.d. Proto byl v § 102 úst. list. zcela vědomě citován jen § 51 nikoli §§ 49 a 50. Citovati I. odst. § 49 zdálo se zcela zbytečným, protože z důvodů výše uvedených není praktické počítati ve 20. století s možností, že by se zákon nevyhlásil v předepsané Sbírce (zákonů a nařízení), resp. že by někdo ve 20. století chtěl vážně tvrditi, že takto řádně nepublikovaný zákon platí. Kdyby však proti všemu očekávání něco takového se vyskytlo, měl by soud pro své přezkoušení právo podklad v samozřejmosti 1. odst. § 49 úst. list., kde se mluví o „platnosti zákona“, nikoliv však v odst. 2. a 3. § 49 a 50 úst. list.

Slovům § 50 úst. list.: „Kterému členu vlády“ rozuměti je brachylogicky, jsou tím míněni netoliko členové vlády v užším smyslu (§ 70), nýbrž i předseda vlády.

Stálý výbor podle § 54 úst. list. může se vyvinouti na blahodárnou justici naší republiky. Mohl by obzvláště zaručiti zákonodárnou činnost za poměrů, které by ochromovaly nebo stěžovaly činnost Národního shromáždění samého.

Je velký rozdíl v tom, když „opatření z nouze“ vycházejí od parlamentního sboru anebo od moci výkonné. Stálý výbor podle § 54 úst. list. je přece jen surogát zákonodárného sboru. Kromě toho sluší uvážiti, že opatření výboru tohoto, pokud by k nim jinak bylo třeba zákona, podléhají kontrole ústavního soudu (odst. 13. § 54 úst. list.), kdežto císařská nařízení s provisorní mocí zákona podle § 14 rakouského zák. o zastup. říše byla soudy nepřezkoumatelná; tak se aspoň vyvinula praxe a panující mínění v nauce.

Mlčením lze tedy pominouti hlas, který hodil normotvornou činnost stálého výboru podle § 54 úst. list. do jednoho koše s „císařskými nařízeními podle rakouského známého § 14“.

V republice zvláštní pozornosti zasluhuje otázka, jaké postavení má president republiky vůči parlamentu. Jednali jsme už o § 47 a 48 úst. list. Zde nás zajímají §§ 28 násl. úst. listiny. Tyto předpisy jsou výsledkem dlouhých úrad nejen v lůně vlády, nýbrž mezi stranami a v ústavním výboru samém. Nechci zde opakovati, co v té příčině uvádí vládní důvodová zpráva.

Nebylo přistoupeno na dosavadní system přijatý naší prozatimní ústavou, nýbrž president republiky dostal právo svolávaní sněmovny, odročovaní je, prohlašovaní zasedání jejich za ukončené a rozpouštětí sněmovny.

Co se týče svolávaní sněmoven k zasedání, trvaly návrh můj i vládní na tom, aby nebyly fixovány termíny, v kterých sněmovny se scházejí. Důvody toho jsou na snadě. V ústavním výboru prošel však nynější § 28 odst. 1. úst. list., podle kterého president republiky je povinen svolati obě sněmovny ke dvěma řádným zasedáním v roce: jarnímu a podzimnímu. Jarní musí se začítí v březnu, podzimní v říjnu.

Kdo trvali na automatickém scházení se sněmoven v určité době (na př. 1. pondělí v měsíci březnu a p.), resp. kdo nechtěli přiznati moci vládní a výkonné právo vykonávaní za parlament vliv sub specie práva svolávacího, báli se možnosti, že by práva toho mohlo někdy býti zneužíváno — ústava nedělá se jen pro určitého presidenta republiky. Aby bylo čeleno těmto obavám, stylisován byl 2. a 3. odst. § 28 v nynější podobě. Odst. 2. § 28. zaručuje bezpečné sejítí sněmoven za předpokladů tam uvedených i přes hlavu presidenta republiky! Odst. 3. § 28 chrání dokonce (značnou) menšinu dvou pětín. I v tomto bodu projevu se snaha našich zákonů chrániti také menšiny.

Dlouho bylo uvažováno o znění § 29 úst. list. Na konec zvítězilo znění nynější, ačkoli všem bylo dobře známo, že i toto řešení má slabé stránky. Ale jiné by mohlo míti stránky ještě slabší.

Ústavní listina operuje s pojmem „ukončení“ a „odročení“ zasedání, nepodala však vědomě definice těchto pojmů. Stanovit to bylo vyhrazeno jednacím řádům, které v této příčině mají ustanovení. Z nich je patrné, že „ukončení zasedání“ má v naší republice podstatně jiný smysl, než v bývalém Rakousku. Při ukončení šlo hlavně o to, aby nemusily všechny dosavadní práce padnouti pod stůl. Musilo však býti také hleděno na to, aby nemohlo býti pokračováno v jednání o věcech, pro které právě došlo k ukončení zasedání. Srovn. § 4 jednacích řádů (pro sněmovnu poslaneckou a senát).

2. odst. § 30 chce býti ochranou parlamentu proti moci vládní a výkonné.

Výše už jsem řekl, že jsem byl pro nerozpustitelnost senátu;

nikoli z nějakého reakcionářství, které s touto otázkou podle mého názoru nesouvisí. Přesvědčily mne důvody pro takové řešení jinde uváděné. Byl jsem však také pro to, aby sněmovna poslanecká mohla býti rozpuštěna jen se souhlasem senátu; tento můj návrh neprošel ani ve vládě.

Při § 31. úst. list. upozorniti je zejména na to, že rozpuštění nemusí se týkati obou sněmoven zároveň, jak bylo původně navrhováno. Srovn. také 1. větu 1. odst. § 54. úst. list.: „V době od rozpuštění některé sněmovny.“ Někteří chtěli rozpouštěcí právo presidentovo sešněrovati různým způsobem, na př. ustanovením, že toho práva smí užití pro tutéž sněmovnu jen jednou za tři léta. Na konec zbylo jen omezení formulované v 2. odst. § 31. úst. list., podle kterého president republiky nesmí sněmovnu rozpustiti posledních šest měsíců svého volebního období. Důvodem tohoto ustanovení byla úvaha, že by některý příští president republiky si mohl dělati rozpuštěním sněmoven náladu pro své zvolení (§ 38. úst. list.).

Bude věcí zákona předpokládaného v § 79. úst. list., aby provedl ustanovení 3. odst. § 31. úst. list. o tom, že rozpuštění senátu nestaví trestního řízení zahájeného před senátem podle §§ 67. a 79. úst. list.

Každý stát vyžaduje k zdárnému rozvoji toho, aby ve státě byl proveden princip rovnosti jednotlivých „mocí“. Záleží zvláště mnoho na správném upravení moci zákonodárné a vládní i výkonné. Proto velikou váhu jsem kladl, i ústavní výbor, na hlavu třetí naší ústavní listiny.

Šlo v první řadě o právní postavení presidenta republiky, resp. o jeho poměr k vládě, zvláště pokud se týče účasti obou činitelů na moci vládní a výkonné. Narážíme tu na problem, který se vyskytl a byl i literárně přetřásán už se zřetelem k provisorní naší ústavě. Po vzoru cizích států kladl se důraz na zachování jednotnosti moci vládní a výkonné. Byly vyslovovány obavy před rozpoltěním vládní a výkonné moci ve dvě.

Naše ústavní listina znovu se postavila na princip dělby moci vládní a výkonné mezi dva nejvyšší činitele: presidenta a vládu (§ 64. 2. odst. úst. list.). Můj návrh § 64. úst. list. začínal touto větou, kterou jsem chtěl theoreticky zachrániti jednotu moci vládní a výkonné: „President republiky je představitelem moci vládní a výkonné, kterou s výjimkami níže stanovenými provádí

odpovědnou vládou a úřady této podřízenými.“ Dával jsem tím na jevo, že moc vládní a výkonná in thesi představovaná ve své totalitě presidentem republiky, jest jím přímo prováděna pouze v případech, které jsou vypočteny v § 64. úst. list., kdežto všude ostatní moc vládní a výkonnou provádí president vládou.

Vládní důvodová zpráva promlouvá o tom, jaké výhody mají přímé volby hlavy státu lidem a proč se přes to sahá k volbám nepřímým. Naše ústavní listina přiklonila se k principu volby nepřímé: Národním shromážděním a to ve společné schůzi obou sněmoven (§ 38. úst. list.). Prvnímu prezidentovi naší republiky přiznáno bylo výjimečné postavení hlavně dvojím směrem: neplatí proň omezující ustanovení 4. odst. § 58. úst. list. o tom, že „kdo byl presidentem po dvě p o s o b ě jdoucí volební období, nemůže opět zvolen býti, dokud od skončení posledního období neuplyne sedm let.“

Kromě toho nebyla pro novou volbu I. presidenta naší republiky přijata, resp. nemohla býti přijata, lhůta 4 neděl, uvedená v 3. odst. § 58. úst. list. Čl. V. uvoz. zákona pouze stanoví, že dosavadní (první) president republiky zůstává ve svém úřadě, pokud nebude provedena volba nová. Chtělo se tím říci, pokud president Masaryk nebude znovu zvolen podle ustanovení § 56. násl. úst. list., spočívá jeho mandát na volbě revolučním Národním shromážděním provedené. Že první president musí se podrobiti volbě nové ve společné schůzi sněmovny poslanecké a senátu, je samozřejmé a jest se diviti tomu, jak se mohly vyskytnouti v denním tisku názory opačné. Uvoz. zák. čl. V. vědomě byl stylisován tak, jak je; nebyla volena formulace tato: dokud nebude zvolen nový (jiný) president republiky.

Různé výklady, jichž se stran pravomoci presidenta republiky dostalo prozatímní ústavě, přiměly ústavní výbor, že jasnou stylisací zjednal jasno v této tak důležité a choulostivé otázce. Nechci se zde otázky zbytečně šířiti. Jen poznamenávám, že bylo mezi jiným tvrzeno a houževnatě hájeno, jakoby president republiky byl sukcedoval ve všude práva císaře rakouského, pokud je to srovnatelné s republikánskou formou našeho státu. Na základě tohoto názoru právního bylo pro presidenta republiky vindikováno — podle mého názoru nesprávně — právo potvrzovati volbu okresního starosty atd. Ústavní listina v druhém odstavci § 64. vedla jasnou hranici mezi působností presidenta re-

publiky a vlády. Aby nebylo možno odvolávat se na ty velice četné předpisy bývalého Rakouska, povolávající císaře k vládním úkonům, stanoví 2. odst. § 64. úst. list., že veškerá moc vládní a výkonná přísluší vládě, pokud ústavní listinou nebo zákony Československé republiky vydanými po 15. listopadu 1918 není nebo nebude výslovně vyhrazena prezidentovi republiky. Praesempce tedy mluví pro pravomoc vlády, zvláštního právního titulu je třeba při prezidentovi republiky. Tím se naše ústava značně nachýlila ke vzoru švýcarské Federace.

Snahou ústavního výboru bylo, aby prezident republiky vypraven byl těmi atributy, jež v zájmu státním mají býti soustředěny u hlavy státu, a takovými právy, jichž výkon může sám přehlédnouti, míti v rukou.

Jest přirozeno, že ústavní výbor musil vésti jasnou zásadní hranici mezi působností presidentovou a vlády — 2. odst. § 64. Je věcí speciálního zákonodárství, aby provedlo nutné remedury. Obyčejné zákony jsou k tomu v určitých mezích povolány. Ústavní výbor vycházel ze zásady, že obyčejné zákony mohly by presidentovi republiky přiznati další obor působnosti, že arci působnost presidentova vymezená pod č. 1.—11. § 64. 1. odst. úst. list. je postavena pod sankci ústavy, že by tedy jen ústavní zákon mohl presidentovi na př. odniti resp. více omeziti právo vracet zákony (čl. 5. § 64.) a p.

Po vzoru zvláště francouzském byl jsem pro nařizovací právo presidenta republiky, třeba omezené; upravena byla v návrhu také otázka podepisování a vyhlášování takových nařízení presidentových. Ústavní výbor — z důvodů, jimž nelze odepřiti váhy — na můj návrh nepřistoupil.

K jednotlivým bodům § 64. úst. list. není třeba zvláštních výkladů. Do tuha šly boje o č. 7.: stanoví počet ministrů. Tento bod sluší vykládati v souvislosti s §§ 85., 89. a 90. úst. l.

Naše ústavní listina hájí zásadu, že prezident republiky je neodpovědný (politicky a právně). Trestně může býti stihán jen pro velezradu (po vzoru francouzském.). Z neodpovědnosti presidentovy plyne jako něco samozřejmého, že někdo jiný odpovídá za presidenta. Vládní důvodová zpráva obšírněji vyličuje stav otázky podle práva anglického, francouzského a amerického. Je z toho patrné, jak citliví jsou Francouzi a Angličané v těchto otázkách a jak divné názory byly proječovány u nás v českých

listech. Reaguje vědomě na tyto projevy, ústavní výbor pojal do § 66. úst. list. větu: „Z projevů jeho souvisejících s úřadem prezidentovým odpovídá vláda.“ § 68. prohlašuje uznanou zásadu, že jakýkoli prezidentův úkon moci vládní nebo výkonné potřebuje k své platnosti spolupodpisu odpovědného člena vlády. Jest až ku podivu, jak se u nás někdy úzce vymezuje pojem vládního úkonu. I praxe by mohla býti rigorosnější. Stačí odkázati na praxi anglickou a francouzskou, vyličenou v důvodové zprávě vládní, kde se zároveň varuje před pokusem chtíti v ústavní listině definovati pojem vládního úkonu. Francouzové formulují věc tak, že jsou pouze dva úkony presidenta francouzské republiky, které nepotřebují spolupodpisu resp. spolupůsobnosti člena vlády: podání demise a presidování národním slavnostem.

Jak jsem řekl, plnost moci vládní a výkonné je v rukou vlády (§§ 70. násl. úst. list.). Tato partie se ještě nejvíce přimyká k ústavě prozatimní, která ve svých předpisech o vládě jest odleskem mocenských stranických poměrů. Projevuje se to nejmarkantněji v kolegiální struktuře vlády. Vyjadřuje to jasně §§ 80. a 81. úst. list. Za debat v ústavním výboru vysloven byl názor, jakoby nebylo slučitelné s pojmem vlády ustanovení, že usnášení vlády je na př. možné za kvalifikované presence a kvalifikovanou většinou. Že prý vláda se musí jevit jako celek, tedy její usnesení že mají býti jednomyslná. S takovými názory nelze souhlasiti. Bylo o tom také jinde uvažováno. Nemohu se zde otázkou obírat. Ústavní listina činí správně, že stanoví někde přísnější podmínky pro usnesení vlády než § 80.

K § 81. písm. c) podotýkám, že úst. listina myslí zde na zvláštní zákonné předpisy. Znamená tedy toto písmeno, že v kolegiální poradě rozhoduje se ve vládě o jmenováních ve třídě VIII. a VII., pokud takové jmenování přísluší (podle zákonodárství platného v rozhodné době) úřadům ústředním. Nemůže tedy jmenování do VIII. a VII. třídy prováděti ministr sám, nýbrž musí akt projednati ve schůzi vlády. Akt jmenovací měl by tedy býti stylisován asi takto: vláda jmenovala Vás, — o čemž Vám dávám zprávu. Ústavní výbor byl si vědom, že v praxi vyskytnou se četné sporné otázky v té příčině, ale nechtěl se obírat podrobnostmi, nepatřícími do ústavní listiny. I jinde nechali kontroversy takové řešiti jinými činiteli resp. ve formě obyčejného zákona.

Jedno z nejdůležitějších práv vlády je právo nařizovací. Jest obmezeno v § 55. úst. list. v ten rozum, že nařízení je možné jen ku provedení určitého zákona a v jeho mezích. Původní návrh zněl: na základě a v mezích zákona. Ústavní listina nechtěla se pouštět do legální definice nařízení dobře si jsouc vědoma té spousty sporných otázek s problemem souvisících. To lze dobře přenechati theorii a praxi.

Že i v nařízení musí býti uvedeno, který člen vlády je pověřen jeho prováděním, je patrné z § 84. úst. list. („ministři pověřeni jeho provedením“). Každé nařízení musí býti podepsáno způsobem naznačeným v § 84. úst. list., i když by nařízení takové prováděl ministr jediný. Touto stylisací se vědomě čelilo pokusům o nesprávný výklad v praxi. Že by nařízení mohl podepsati pouze ten ministr, který byl ve schůzi vlády, kde se nařízení projednávalo, ačci neplyne z citace § 84. i § 81. úst. list.

*

Pátá hlava ústavní listiny jedná o „právech a svobodách, jakož i povinnostech občanských.“

Nešířím se zde o tom, jak theorie hledí k „základním právům“ občanským. Pokládám za velikou vymoženost pro občany, že ústavní listina sama ohraničuje jejich právní sféru. Podle mého názoru šlo hlavně o to, která „práva a svobody“ mají býti předmětem ústavní listiny, resp. kterým omezením mají „práva a svobody“ podléhati. Jest samozřejmé, že zvláště nový, nehotový stát s různorodým obyvatelstvem nemůže v ústavní listině zaručovati práv a svobod občanských beze všech omezení. Omezení v naší ústavní listině připuštěná nejdou podle mého úsudku nad míru nezbytně nutnou. Charakterisoval-li na př. Spiegel (Bohemia ze 4. dubna 1920) naši republiku jako „demokratický stát policejní“, nemohu s tím nikterak souhlasiti; jestli tento odsudek jistě upřílišněný. Musilo by býti při každém článku hlavy páté bedlivě zkoumáno, proč volena příslušná formulace. Nejde tu o formulace jen tak hozené, nýbrž o výsledek pečlivých úvah o tom, co se snáší s potřebami našeho státu v nynějším jeho stavu. Až se poměry zkonsolidují, budeme moci býti liberálnější a méně opatrní. Ostatně srovnávání s jinými republikami, daleko upevněnějšími, staví pátou hlavu naší ústavy do příznivějšího světla, než by se dalo podle úsudku Spieglova.

Než přikročím k souhrnnému ocenění páté hlavy úst. li-

stiny, zastavím se při některých jejích ustanoveních. 1. věta § 106. stanoví pouhou zásadu, která nechce platiti bezprostředně, nýbrž její důsledky mohou býti provedeny jen zvláštními zákony, upravujícími jednotlivé obory právní. Původci úst. listiny měli na mysli známý článek *Trie pel ů v*, jenž kritisoval korespondující článek říšskoněmecké ústavy. Odst. 2. § 106. je vnitrostátní recepce příslušných ustanovení mezinárodní smlouvy mezi čelnými spojenými a sdruženými mocnostmi a naší republikou. Zvláštního rozboru by potřebovala věta: „Úchytky od této zásady jsou přípustny jen, pokud právo mezinárodní dovoluje.“ Mohlo by se totiž uvažovati o tom, staly-li se zásady mezinárodního práva v otázce nás zajímající přímým pramenem právním bezprostředně aplikovatelným naší mocí výkonnou či znamená-li ona věta pouze vázanost naší (vnitrostátní) legislature.

K provedení § 107. vydán byl mezi tím zvláštní ústavní zákon.

§ 109. měl původně jinou stylisaci. Byla v něm vyslovena *verbis expressis* zásada *nedotknutelnosti* soukromého vlastnictví. Nynější stylisace § 109. jest výsledkem dlouhého a napínavého jednání.

Že právo vystěhovati se může zákonem býti omezenováno i nad rámec vojenské povinnosti, nepotřebuje podle mého názoru zvláštního odůvodňování za nynějších poměrů. Není také žádným takovým omezením, aby se mohlo mluvit o státu policejním. Ostatně parlament má tu při sdělávání příslušných obyčejných zákonů dosti příležitosti působiti brzdivě.

K § 112. vydán byl mezi tím rovněž zvláštní ústavní zákon (srov. k § 107. úst. list.). Srovnáme-li na př. úpravu shromažďovacího práva ve Francii, uznáme, že naše republika má v této otázce daleko do státu policejního.

Že právnické osoby a združení mají právo petiční a svobodu volného projevu mínění jen v mezích své působnosti, pokládám za samozřejmé. Souvisí to také na př. se zákonem o župních a okresních úřadech. Jinak by hrozilo nebezpečí, že organizace ryze správní by se pouštěly na pole politiky na škodu svého vlastního poslání.

§ 119. zněl původně: Veřejné vyučování budiž podle možnosti zařízeno tak, aby vzdělávalo jen podle výsledků vědeckého bádání.

Nebylo možno prosaditi ustanovení v původním návrhu

(§ 118.) obsažené: Vysokoškolští profesori jsou jmenováni prezidentem republiky k návrhu profesorského sboru definitivně a trvale. Historie boje o odluku církví od státu je všeobecně známá (§ 121. původ. osnovy), jakož i historie ustanovení § 123.: „Právo spravovati své vnitřní záležitosti a své jmění odvozují náboženské společnosti toliko z propůjčení státního. Zákon upraví jen výkon tohoto práva obdobným způsobem jako jiným združením.“

Protože padl § 121. a 123., bylo nutno k vůli zachování původního počtu paragrafů úst. listiny některé původně jednotné §§ roztrhati; tím utrpěla konciznost některých předpisů úst. listiny.

Ústavní listina, jak patrně, některými ustanoveními jaksi anticipovala odluku církví od státu. Tím se vysvětluje, že chtěla prováděcím zákonům přenechatí úpravu všech otázek sem hleďících, zvl. také úpravu otázky, pokud a za jakých podmínek náboženské společnosti mají právní nárok i na veřejný výkon „vyznání a náboženství“. Drže se mezinárodní smlouvy častěji zmíněné, nynější § 122. zaručuje obyvatelům Československé republiky právo vykonávati veřejně i soukromě jakékoli vyznání, náboženství a víru.

Na všeobecná, základní práva občanská, resp. na předpisy hlavy páté úst. listiny nazírá se mnohdy velice skepticky. Právě se o nich, že nemají vlastně významu a ceny, že jsou jakousi ranou do vody.

Jak vládní důvodová zpráva k ústavní listině, tak i zpráva referenta ústavního výboru Dr. Boučka podávají důkaz o tom, že na otázku lze — důvodně — nahlížeti také jinak. Tam také je naznačeno, jaký různý právní význam mají jednotlivé §§ hlavy páté úst. list. Odkazují zde zvláště na mínění francouzské theorie a praxe.

Ještě na jeden moment zde upozorňuji. Bylo vytýkáno, že pátá hlava až zbytečně odkazuje na obyčejné zákony, které mají prováděti resp. modifikovati některé zásady páté hlavy, ježto prý už podle § 55. úst. list. je jasno, že nařizovací moc se musí opíratí jen o zákon. Toho si byli původci ústavní listiny, kteří stylisovali také § 55. úst. list., zcela dobře vědomi. Ale nepokládali v páté hlavě za zbytečné zdůrazňovati, že pouze zákon může prováděti resp. modifikovati v mezích úst. list. některé zásady této listiny. Z téhož důvodu pojali do ústavní listiny

některá, na první pohled zbytečná, t. j. z jiných zásad plynoucí ustanovení. Estetiky právní nestavěli zde před cíle v první řadě praktické.

Šestá hlava jedná o ochraně menšin národních, náboženských a rasových.

Jde tu o recepce příslušných ustanovení mezinárodní smlouvy mezi čelnými spojenými a přidruženými mocnostmi a naší republikou. Jen předpisy §§ 131. a 132. nemusili jsme přejmouti jako články fundamentální. Učinili jsme tak přes to, abychom dali na jevo svou vážnou vůli zabezpečiti menšinám takový byt u nás, aby se cítily v našem státě spokojeny. Nejasnost a nepřesnost mezinárodní smlouvy, o níž je řeč, projevuje se i tu v plné míře. Ukáže se to zvláště při vydávání prováděcích zákonů, o nichž mluví § 133. úst. list.

Nesouhlasím s názorem, jakoby na př. IV. odst. § 128. byl v rozporu se zmíněnou mezinárodní smlouvou. Vždyť odstavec ten vztahuje se také na II. odst. § 128. a je samozřejmo, že výkon dozoru nesmí jíti tak daleko, aby znemožňoval práv v § 128. zaručených. Stát se však nemůže vzdáti na př. práva zakročiti proti tomu, aby někdo na veřejném shromáždění lidu nerušeně mohl podněcovati v cizí řeči proti státu, nabádati k trestným činům a p.

Ustanovení zákona samo o sobě neznamena ještě všechno. Mnoho záleží na jeho provádění. Motto, které jsme dali v čelo své ústavní listiny, odpovídá opravdu naší historii a smýšlení našeho lidu. Máme smysl pro spravedlnost a jako národ v dřívějším státě utiskovaný víme, jak bolí všeliká křivda.

Takto-li hledíme na věc, můžeme plným právem říci — a objektivní a nezaujatí posuzovatelé to uznají —, že jsme se v ústavě postarali i o menšiny tak, že sneseme klidně úsudek objektivní ciziny.

Protože jsem nespolutřubil při zdělávání zákona jazykového, nejednám o něm ani na tomto místě.

Za velikou přednost ústavní listiny pokládám instituci ústavního soudu, pro nějž jsem po zkušenostech získaných v Rakousku lámal kopí. Ochrana občanských práv v hlavě páté a šesté zaručených dostává se silné opory.

Jak jsem řekl hned na počátku, moje pojednávání nechce býti dogmatickým pedrobným výkladem ústavní listiny. K tomu

se dostanu při jiné příležitosti, kde budu také zevrubněji resgovati na kritiky už vyšlé i na ty, které mezitím se objeví.

Ústavní listina chtěla býti jen jakýmsi kořenem, z kterého by vyrůstalo ústrojí naší republiky. Omezovala se na věci nejnutnější, jsouc si vědoma toho, že sebe obšírnější a podrobnější ústavní charta nepostihne všech možností ústavního života.

Zdá se mi, že této jaksi historické studie nemohu skončiti lépe než opakuji-li zde druhou část motto naší ústavní listiny:

Při tom my, národ Československý, prohlašujeme, že chceme usilovati, aby tato ústava i všechny zákony naší země prováděny byly v duchu našich dějin stejně jako v duchu moderních zásad obsažených v hesle sebeurčení; neboť chceme se přičleniti do společnosti národů jako člen vzdělaný, mírumilovný, demokratický a pokrokový. (Pozn. Při citaci smlouvy Saint-Germainské odpadá slovo: mírová).

Nástin župního zřízení.

Dr. K. Laštovka, minist. rada.

I. Republika Československá vzniknuvši na troskách monarchie Rakousko-uherské vyžadovala k zabezpečení své existence a svého dalšího rozvoje pevné konsolidace. Národní shromáždění k tomu konci na místo Národního výboru nastoupivši, vytklo si tyto úkoly:

1. dáti republice ústavu, to jest upravití ústroj státu a veřejných korporací a ustanovití základní zásady jich činnosti;
2. upravití podrobněji činnost státu a veřejných korporací, to jest veřejnou správu;
3. poskytnouti republice branným zákonem dostatečné obrany proti všem nepřítelům vnějším i vnitřním;
4. zabezpečiti vhodnými hospodářskými opatřeními, zejména vybudováním bernictví spořádané hospodářství státní a tak důvěru v hospodářskou zdatnost státu posílit.

Úkoly ty byly velmi nesnadny a zodpovědny; nutno míti na mysli, že stát náš vznikl ze 2 skupin zemí, jež se na základě staletého vývoje poměry kulturními, hospodářskými, sociálními i právními od sebe značně liší, a dále bylo třeba vítěznou myšlenku demokratisace a stále postupující snahy socialisační uskutečniti

v neurovnaných hospodářských poměrech tak, aby požadavky ty byly uvedeny v souhlas s nezbytným ohledem na zachování a zabezpečení existence státu a jeho potřeb.

Nestranný pozorovatel uzná, že Národní shromáždění těmto velmi nesnadným úkolům vyhovělo za daných poměrů v celku poměrně dobře a že položilo pro další vývoj státu dobré základy.

II. Jedním z takových základních pilířů, na nichž má náš stát bezpečně spočívat, jest organizace okresních a župních úřadů zákonem ze dne 29. února 1920, č. 126 sb. z. a n. usnesená.

Úřady těmito byl zahájen první krok k rozsáhlé reformě vši veřejné správy ve státě našem. Již Národní výbor, který podle zákona ze dne 28. října 1918, č. 11 sb. z. a n. byl vykonavatelem státní svrchovanosti samostatného státu československého, otázkou tou se obíral a pronikavou reformu za nutnou pokládal.

Rovněž i veřejnost věnovala otázce pozornost a byly pronášeny a uveřejňovány četné návrhy a podněty namnoze rázu všeobecného, málo propracované a k daným poměrům nedostatečně přihlížející.

Záhy nabylo v odborných i politických kruzích převahy mínění, že nelze najednou celou veřejnou správu zreformovati, ba že nelze ani celý obor vnitřní správy podrobiti nové úpravě, nýbrž že nutno postupovati po etapách se stálým přehledem k daným poměrům a potřebám toho kterého odvětví správy.

Tím se vysvětluje, že Národní výbor sám při reformě veřejné správy měl v první řadě na mysli užší obor její, totiž tak zv. správu politickou, a že, když byly zřízeny nejvyšší úřady ústřední, úkol ten spadl na ministerstvo vnitra.

Úkol ten nebyl lehký. Stát náš skládá se z 2 skupin zemí, totiž jednak ze zemí bývalé koruny svatováclavské, (Čech, Moravy a Slezska), jednak ze Slovenska a Půdkarpatské Rusi. Obě tyto skupiny byly takměř po 1000 let politicky od sebe odloučeny a každá skupina byla částí jiného státu. V každém pak státě vytvořila se veřejná a zejména vnitřní správa způsobem různým.

1. V Čechách, na Moravě a Slezsku od Marie Terezie začínal tuhý centralismus a byrokratismus, který teprve po roce 1848 a jen po velikých bojích část vnitřní správy (a to hlavně ve směru hospodářském) celkem ne značnou, přenechal občanskému živlu ve formě autonomních korporací (obcí, okresů, zemí).

V dalším vývoji nebylo na tomto rozdělení vnitřní správy mezi orgány státní a samosprávné v zásadě nic měněno. Úkoly veřejné správy stále stoupaly, zejména na poli hospodářském a sociálním, ale svěřovány byly jen úřadům státním, hlavně politickým. Působnost samosprávy, jak byla v letech šedesátých minulého století stanovena, zůstala celkem nedotčena a nerozšiřovala se.

Ale ani ve výseku autonomii vyhrazeném autonomní korporace (obce, okresy a země) z počátku nejevily ani chuti a také neměly ani dosti finanční možnosti, aby mohly působnosti jim svěřené plně využítovati; později pak stát již sesílil, zejména od té doby, co říšská rada, na základě všeobecného hlasovacího práva zvolená, jala se zabývatí rozsáhlými úkoly sociálními a hospodářskými a pak již ústřední vláda opírajíc se o parlament a nesená snahami silně centralistickými a našemu národu nepřátelskými, dovedla dalekosáhlejší snahy autonomie po uplatnění se ve veřejné správě buďto vůbec mařiti anebo aspoň oddalovati a oklešťovati. Boje zemských výborů a sněmů o uplatnění kompetence na př. na poli elektrárenském, školství odborném a p. jsou toho dokladem. Tak se stalo, že jsme vkročili do nového státu v zemích, jež byly dříve částkou Rakouska, se správou vnitřní, jež byla rozdělena jednak mezi orgány státní, jednak samosprávné, při čemž však daleko největší část úkolů vnitřní správy obstarávaly orgány státní; mezi nimi pak jako úřady všeobecnou kompetenci nadané, jsou na prvním místě politické úřady zákonem ze dne 19. května 1868 č. 44 ř. z. zřízené, totiž v první stolici okresní hejtmanskství (v Čechách 104, kromě toho 8 politických expositur, na Moravě 36, ve Slezsku 9), v druhé stolici místodržitelství (v Čechách a na Moravě) a zemská vláda ve Slezsku.

Vedle těchto úřadů politických ustupují úřady státní, zřízené pro určité přesně vymezené úkoly vnitřní správy celkem do pozadí, na př. státní úřady policejní (policejní ředitelství v Praze a Brně, policejní komisařství v Plzni a Moravské Ostravě, pohraniční policejní komisařství v Podmoklech, Chebu a Bohumíně), úřady školské (okresní, zemské školní rady), úřady pro agrární operace na Moravě a Slezsku, úřady horní a pod. Bližší vyličení dosavadní organisace úřadů státních i samosprávných podává důvodová zpráva k osnově o župním zřízení připojená.

2. V Uhrách byla vnitřní správa od dávných století vyko-

návána autonomními korporacemi, totiž municipii, jednak městskými, jednak venkovskými, či-li komitáty. Časem však se jednak od této správy autonomní oddrobovaly a odlučovaly jisté obory a svěřovány byly zvláštním orgánům státním, jednak stále silněji projevovala se snaha autonomii municipální ve prospěch zájmů celostátních oslabiti, což se také celkem ve formě silného dozoru důvěrníka vlády, vrchního župana, podařilo. Podrobnější výklady o vývoji župního zřízení v Uhrách podává dr. Kalousek: Věstník minist. vnitř. 1920 čís. 1.

III. Vady dosavadní správy vnitřní v Rakousku politickými úřady a orgány autonomie místní vykonávané, v Uhrách pak municipii prováděné, byly předmětem četných výtek.

1. V Rakousku poprvé zcela nezahaleně byla nedostatečnost dosavadní organizace správy vnitřní přiznána ve známých Körberových studiích z r. 1904. Tyto studie staly se východiskem četných dalších podnětův a studií o reformě správy, takže konečně byla vláda donucena k tomu, že zřídila po vzoru pruské immediatní komise r. 1911 zvláštní komisi pro reformu správy. Bohužel však byla otázka čistě správní zbytečně splíchtována s otázkou národnostní speciálně se snahou rozřešiti národnostní spor českoněmecký v Čechách a to ve prospěch německých požadavků.

Celkem lze říci, že projekty, směřující k reformě vnitřní správy, sledovaly tyto cíle:

- a) odstraniti dualismus správy,
- b) zavésti zřízení krajské.
- c) vedle toho nabývala v poslední době zvýšené pozornosti i otázka reformy úřadování, tedy služby úřední vůbec.

Veřejnost česká politická i odborná se proti snahám těm stavěla a to z počátku hlavně z důvodů politických a národnostních, později i z vážných důvodů věcných.

a) Dualismus správy, tak zv. dvoji kolej, byl sice všeobecně pocítován jako zlo, ale zlo to mělo býti zhojeno neb aspoň zmírněno přesným vymezením kompetence a to ve prospěch autonomie, totiž tak, že by politické úřady některé své úkoly svěřily úřadům autonomním (okresním a zemským výborům).

b) Zřízení krajské bylo vůbec odmítáno, ježto znamenalo buď odstranění zemí, tedy departementisaci jich nebo zrušení okresů. Oboje korporace, i okresy i země však byly takměř po-

svátnou záštitou našich snah o zachování naší samobytnosti, na-proti nepřející Vídni.

c) Reforma úřadování byla uznávána všeobecně za nutnou, ale nečinila žádných větších pokroků hlavně proto, jelikož vyžadovala většího nákladu, pro který se vláda nemohla rozhodnouti.

2. Na Slovensku municipální zřízení s malými obvody s přetřetným úřednictvem vyžadovalo rovněž nápravy.

V tom směru uherská vláda r. 1891 předložila zajímavý návrh na postátnění veškerého municipálního úřednictva, čímž by úřednictvo to stalo se neodvislým od činitelů místních a pracovalo v zájmu celku, ale snahy její, přes to, že myšlenka tato byla v parlamentu přijata, nepotkaly se s úspěchem.

IV. Za války reforma správy a to ve formě vysloveného německého protislovanského centralismu byla předmětem četných návrhů, a to jak v lůně vlády (osnovy Clam-Martiničovy), tak i v literatuře (na př. anketa o postavení korunních zemí v rakouské ústavě v Öster. Zeitschrift f. öff. Recht), ale snahy ty průběhem války pozbyly podkladu. Jediné, co bylo z toho uskutečněno, totiž zřízení krajské v Čechách, zavedené nařízením ze dne 19./5. 1918 čís. 175 ř. z., bylo zrušeno nařízením naší vlády ze dne 11./12. 1918 čís. 84 sb. z. a nař.

V. V takovém stadiu převzal náš stát politickou správu jednak v Čechách, na Moravě a Slezsku, jednak na Slovensku. Utěšený nebyl a vady jeho ukázaly se po převratu v plném rozsahu. Že přes to správa celkem i v této vážné době šla, nutno přičísti k zásluze v přední řadě úřednictvu, jež s plnou svědomitostí úkoly svoje plnilo přese všechny útoky na ně činěné.

Náš stát byl přímo životně nucen k tomu, aby podnikl pronikavou reformu veřejné správy a to z důvodů jednak věcných, totiž, aby byla správa rychlejší, levnější a úspěšnější, jednak z důvodů politických. Nebylo lze připustiti, aby v malém státě, který se teprve musí konsolidovati a kterého nad to čekají ne- snadné úkoly národohospodářské a sociální, poměry válečnými způsobené, byla ponechána organisace, jež jednak jest v různých částech od sebe diametrálně různá, takže není v ní žádné jednotnosti, jednak jest z podstatně jiných hledisek a pro jiné úkoly vybudována (byla ve službách dynastie a německorakouského nebo maďarského imperialismu). Nad to pronikavá změna organisace byla jediným prostředkem, aby občanstvo ve smyslu

demokracie bylo k spolupůsobení ve správě přibráno a aby byly snahy separatistické na míru přípustnou omezeny, vědomí přínaležitosti ke státu sesíleno a splynutí veškerého obyvatelstva co možná brzy provedeno.

Ministerstvo vnitra ujalo se bezodkladně práce; šetření jím provedená ukázala, že požadavek silné demokratické správy byl všeobecně uznáván. Rovněž byla všeobecně žádána unifikace správy, totiž odstranění dvojí koleje a sjednocení celé správy pokud možno v úřadech jediné kategorie.

Pochybnosti však vyskytly se již v tom, jaké nové organizace úřední mají býti vytvořeny.

Na jedné straně stáli zástupci žup jednak středních asi jako ve Francii departementy, jednak velkých jako pruské provincie.

V druhém táboře byli zástupci zemí žádající zachování zemí jako obvodů správních a zřízení malých žup, jež by obsahovaly 2—5 dosavadních okresů autonomních.

Pokud jde o princip organizace úřadů, tož bylo z toho tábora doporučováno (po vzoru ústavy státu Rakouského), aby volené sbory, totiž zemské a okresní výbory staly se zásadně nositelem veřejné správy.

VI. Vládní osnova zřízení župního opírá se o tyto úvahy:

1. Reforma obmezuje se na správu vnitřní, totiž tu správu, kterou dosud obstarávaly v Čechách, na Moravě a ve Slezsku úřady politické I. a II. stolice a okresy zastupitelské, resp. silniční výbory a zemské výbory, na Slovensku pak župy a jich správní výbory. Že jest to přerozsáhlý obor veřejné správy, bylo již výše řečeno.

Ostatní úřady státní byly z reformy prozatím vyloučeny a zůstaly tedy ve své působnosti nedotčeny; ale jednotnost a levnost správy a pohodlí občanstva vyžadují toho, aby některé z těchto úřadů byly zrušeny, neb aspoň s politickými úřady v úzký styk přivedeny; sem patří na př. úřady školské a úřady provádějící agrární operace. Atomisace správy, podporovaná zřizováním zvláštních odborných úřadův pro speciální výseky správy veřejné, byla tedy uznávána za nevhodnou.

2. V této správě vnitřní provedeno soustředění správy pro určitý obvod vždy v rukou jediného úřadu státního, totiž v první stolici úřadů okresních, v druhé stolici úřadů župních.

Provedeno tedy plné postátnění vnitřní správy a dosavadní autonomie okresní a zemská jako veřejná správa vykonávaná z vlastního práva a bez závislosti a součinnosti se státní správou plně odstraněna. Tak tedy vymizí neblahý dualismus správy a lze doufat, že přechetné spory kompetenční, které dříve mezi státními a autonomními úřady vzházely vzhledem k nejasnosti zákonodárství a k nevhodnému rozdělení finančního břemene a které vlastní činnost správy velmi protahovaly, budou konečně na prospěch rychlého a úspěšného obstarávání správy odstraněny.

3. V této správě státní účastní se jednak element byrokratický, totiž státní úřednictvo státní službu jako povolání vykonávající, jednak občanstvo. Spoluúcastenství a to velmi rozsáhlé občanstva ve veřejné správě jest požadavek demokratisace veřejného života.

Jde tu o to, aby občanstvo, jako má již rozhodující vliv v moci zákonodárné, mělo tentýž rozsáhlý vliv i na provádění zákonů, tedy aby ono netoliko si zákony dávalo, nýbrž, aby ono je i samo provádělo. Občanstvo účastní se veřejné správy ve formě sborů, v nichž měli zasedati jednak členové volení, jednak (jednou třetinou) jmenovaní. Členové měli býti voleni všeobecným hlasovacím právem s poměrným zastoupením; při tom pro okresní výbory byla (aby nebylo voleb celkem nákladných mnoho) vzata v úvahu i volba nepřímá. Občanstvu pak vyhrazena byla v zásadě

a) působnost, kterou dosud měly okresy a země po stránce hospodářské a správní a po stránce poradní ovšem v míře rozsáhlejší a přesněji i šířeji vymezené.

b) nad to vykonává občanstvo velmi rozsáhlý vliv na rozhodování veřejnoprávních sporů a to v celém oboru správy vnitřní. To jest dalekosáhlá a pokud známo, ještě nikde v tom rozsahu neuskutečněná novota. Kdežto dosud občanstvo organizované v okresních a zemských výborech bylo obmezeno na rozhodování sporů celkem v malém oboru veřejné správy, bude nyní občanstvo zasahovati do všech eré správy, tedy i do onoho rozsáhlého oboru, jenž dosud byl vyhrazen správě politické čistě byrokratické. Ovšem s druhé strany komplikovanost tohoto rozhodování a dosavadní zkušenosti vedly k tomu, že rozhodování sporů je

svěřeno senátům (jurisdikčním), v nichž vedle zástupců občanstva zasedá jako předseda i úředník státní, zpravidla právník.

Toto správní soudnictví skrze občanstvo vykonávané jest jistě nejdalekosáhlejším uskutečněním požadavku demokratisace správy a bylo možno se k tomu odhodlati jen na základě celkem příznivých zkušeností, kteréž ze správního soudnictví v autonomní správě vzešly. O správním soudnictví připraven podrobný zákon jak o organizaci senátů jurisdikčních tak i o řízení před nimi. Pro krátkost doby bylo však možno projednati pouze prvý díl (o organizaci senátů jurisdikčních).

c) župní zastupitelstva vykonávají posléze i jistou působnost zákonodárnou, ovšem, v zájmu státu a jednotnosti jeho značně obmezenou.

Poměr působnosti občanstva a byrokratického elementu byl rozřešen tak :

1. že působnost občanstva byla vymezena měrou sice velmi rozsáhlou, ale přece jenom taxativně naproti činnosti úřednictva.

2. že zástupci byrokracie zasedají i ve sborech občanských a to jednak jako předsedové těchto sborů, jednak jako členové jich (pro informaci a jako referenti).

3. že výkon usnesení občanských sborů jest vyhrazen jenom úřednictvu, jež však stojí pod kontrolou občanstva.

Tímto spolupůsobením úřednictva s občanstvem bylo dosaženo tak zv. organického sloučení samosprávy se správou státní, jež v poslední době na př. prof. dr. Rauchbergem bylo zastáváno. Tentó moment má velký význam. Bylo uznáváno, že jen tak bude lze úřednictvo učiniti občanstvu bližším a že jen tak úřednictvo nabude pocitu a vědomí své zodpovědnosti a i radosti z práce. Naproti tomu občanstvo nabude zájmu ve správě a bude moci stále nové a nové podněty do správy veřejné v zájmu rychlé a poměrům včas vyhovující správy přinášeti.

4. Toto úzké spolupůsobení občanstva ve vnitřní správě vyžaduje ovšem přiměřené organizace úřední co do věcné i místní příslušnosti. Tu jde o to, ustanoviti jakou příslušnost mají míti úřady, jaké jsou jejich obvody a kolik má býti instancí. V první otázce bylo navázáno všeobecně na dosavadní kompetence politických úřadů a autonomních okresů a zemí, ježto nebylo možno kompetence ty enumerativně vypočísti; pokud jde o obvody, byly navrženy župy střední velikosti a okresy celkem

v mezích dosavadních okresů soudních po př. menších hejtmanství. Při tom hranice, dosavadních zemí nemusely býti šetřeny; co se týče instancí, bylo uznáváno, že by při reorganizaci nejvyššího správního soudu a vybudování správního soudnictví pořad dvou instancí správních postačil.

5. Župy a okresy byly finančně dostatečně vybaveny, aby mohly úkoly své plniti. Dosavadní finanční výsost autonomních korporací byla naprosto nedostatečná. Obmezovala se, nehledíme-li k obcím, jen vlastně na přírážky a na několik málo samostatných dávek. Vedle toho tu byly u zemí a v Uhrách u žup přiděly ze státní pokladny.

Všechny pokusy o úpravu financí autonomních za Rakouska nevedly k cíli. Stát nechtěl finanční výsost autonomie, jež namnoze proti němu vystupovala, nijak posilovati a sebe pramenů příjmů zbavovati.

V našem státě, kde jde o jednotnou správu státní, těchto obav není a proto byla finanční výsost žup i okresů dosti dobře vybudována. Ovšem nelze upřít, že finanční opatření žup a okresů mohlo by zasáhnouti do finanční politiky státu a proto bylo aspoň pro přechodnou dobu nutno vyhraditi státu silný finanční dozor.

To jsou hlavní zásady, na nichž byla osnova vládní vypracována. Osnova ta nebyla však přímo předložena Národnímu shromáždění, nýbrž dána k dispozici jeho ústavnímu výboru, kterýž ji v četných mnohdy velmi úporných poradách za referentství poslance Malypetra projednal a potom ve smyslu § 14. a 17. jednacího řádu (zákon ze dne 9. listopadu 1918 čís. 36 a zákon ze dne 16. ledna 1920 čís. 33 sb. z.) se svými dodatky a změnami za vlastní osnovu přijal a Národnímu shromáždění zprávou ze dne 24. února 1920 tisk. čís. 2422 předložil.

Osnova ústavního výboru shoduje se celkem s osnovou vládní. Nehledíme-li ku stylistickým změnám, jsou značnější změny tyto:

1. Právo vlády, jmenovati členy okresního výboru a okresního zastupitelstva bylo obmezeno časově a místně, totiž jen na Slovensku a jen do 1. ledna 1940. Při tom jsou členové voleni vždy na celé období; od principu částečného obnovování bylo tedy v souhlasu s volbami do jiných sborů veřejných upuštěno. Členové sborů občanstva (i žup i okresů) voleni jsou vesměs všeobecným hlasovacím právem s poměrným zastoupením

(dle období volebního řádu do sněmovny poslanecké a obcí; sr. zákon ze dne 14. dubna 1920 čís. 330.).

2. Dosavadní kompetence okresních a zemských výborů ve správě obecní a dozor nad okresy byly přeneseny na nově volené sbory, kdežto dle osnovy vládní měly spadnouti, pokud by nešlo o správní soudnictví, na úřady okresní, resp. župní, které si měly v případech nařízením určených vyjádření zvolených sborů vyžadovati a v jistých případech měly býti jimi vázány. Rovněž v některých směrech bylo spolupůsobení volených sborů zákonem stanovené, kdežto v osnově to bylo vyhrazeno nařízení.

Podstatnou změnou a to jak bylo řečeno, porušením základních zásad, jsou tyto předpisy.

3. Pokud jde o ustanovování úřednictva a zřízeníctva, mělo býti podle osnovy veškeré úřednictvo státním a tedy mělo býti zřizováno jen, když by to stát uznal za nutné; zákon však ponechal voleným sborům, aby při ústavech a podnicích župních a okresních samy místa systemisovaly a obsazovaly, ovšem se souhlasem přednosty úřadu.

4. V rámci jednotlivých zemí, totiž jednak v Čechách, jednak na Moravě a Slezsku, jednak na Slovensku byly zřízeny obligatorně župní svazy s přesně vymezenou kompetencí.

Ústupkem tímto mělo býti vyhověno námitkám těch, kdož chtěli zachovati zemskou autonomii a viděli v zemích starobylé a vžitě organisace.

Vláda ovšem vycházela z názoru, že jest tu nyní jediný stát, náš jednotný, a že v něm jest jenom jediná povinnost občanstva, totiž láska k tomuto celému státu.

5. Správní soudnictví bylo upraveno jen, pokud jde o organizaci a příslušnost, zákonem ze dne 9. března 1920 čís. 158, kdežto úprava řízení byla vyhrazena zvláštnímu zákonu.

6. Rovněž postup instancí měl býti dle resoluce upraven zvláštním zákonem a při tom zejména vzata v úvahu i reorganisace nejvyššího správního soudu.

Několik poznámek k chystané reformě práva občanského.

Prof. Dr. Jan Krčmář.

1. Před několika lety, když byly skončeny práce, které bylo lze nazvat reformou rakouského práva občanského, zaujal jsem v článku nesoucím podobné jméno¹⁾ postoj k otázce, zda-li by bylo důvodno přikročiti k nové kodifikaci občanského práva v Rakousku. Článek byl vyvolán některými hlasy radícími k takové kodifikaci a zejména k příklonu k občanskému zákoníku pro říši německou.²⁾ Posléz uvedená skutečnost asi nepřekvapuje. Vládl tehdy heslo Středoevropanství. Postavil jsem se tehdy, nechávaje stranou hledisek obecně politických, z důvodů, jak mám za to, věcných, proti takovým počínům a snažil jsem se přihlížeti k některým vlastnostem právního řádu soukromého dokázati správnost svého nazírání.

Dnes, za poměrů zcela změněných, se stala reforma práva občanského aktuální znovu a je z vážných důvodů, kterých není tu třeba rozbírat, rozhodnuto nejen, že k takové reformě je přikročiti, nýbrž i jakým způsobem je postupovati. Heslo jest asi toto: Opatrná revise občanského zákoníka. Umínil jsem si přihlídnouti při této příležitosti k některým jiným vlastnostem právního řádu soukromého, jsa veden snahou upozorniti na otázky, které při pracích, jaké nás očekávají, nebudou snad bez významu.

2. Nevím, zdali můj názor není klamný a vysvětlitelný tím, že právu soukromému věnuji po léta již svou péči. Ale jsem pevně přesvědčen, že málo která z větví právního řádu je v pohybu tak neustálém jako větev, kterou jsme si navykli nazývat právem občanským. Důvodem jsou četné styčné body, které má toto občanské právo s ostatním právním řádem. Je totiž pozoruhodno, že onen pohyb není z pravidla způsoben tím, že by se občanské právo a jednotlivá jeho ustanovení měnila *expressis verbis* nebo podle principu kodifikačního. Tímto způsobem, jak jsme toho svědky, právo občanské se podrobuje změnám řídkěji, než jiné větve právní.³⁾ Avšak mění se instituce občanskému

¹⁾ Sborník věd právních a státních XVII. str. 1. sl.

²⁾ Sr. Adler Recht und Wirtschaft, sv. V. květen 1916 str. 111. sl.

³⁾ O některých důvodech tohoto zjevu bude promluveno níže.

právu hodně vzdálené, jako právo živnostenské, stavební, ustanovení o sociálním pojišťování (úrazovém, nemocenském, starobním) a v nových ustanoveních se setkáváme s leccíms, co se dotýká tím neb oním způsobem dosavadního práva občanského. A tyto změny práva občanského mívají leckdy ráz jakýchsi změn nevědomých, jejichž dosah v oboru práva občanského nebývá ihned patrný a někdy třeba po dlouhou dobu patrný. Vzpomínám si na epizodu, která se stala tuším roku 1906. Albin Bráf byl tehdy v panské sněmovně referentem o osnově zákona o pensijním pojištění osob postavených ve službě soukromé.⁴⁾ Hovořil se mnou o tomto referátě a poznamenal s obvyklým sarkasmem ve výrazu a nevzácnou u něho hyperbolou ve slovech: S hrůzou jsem si uvědomil, že jsme jen tak mimochodem reformovali celé dědické právo. Episoda tato je nápadným dokladem, jak rozmanité zákony zasahují do struktury občanského práva, a jak snadno, měnice ta neb ona ustanovení právní, oetneme se na poli občanského práva. Ostatně se poučíme o těchto věcech dostatečně, nahlédneme-li do kterékoli důkladnější učebnice nebo příručky občanského práva, kde se to mihá citáty z nejrozmanitějších zákonů, které důrazně nebo jen zlehka modifikovaly nebo doplnily to neb ono ustanovení občanského práva. Dokladem, v jak nečekaných souvislostech se setkáváme s ustanoveními zajímavými vykladatele občanského práva, může býti § 14 odst. 3. čís. nař. ze dne 15. září 1915 č. 278 ř. z., v němž se dočítáme ustanovení, kterého lze s prospěchem užití při rozhodování otázky odedávna sporné,⁵⁾ zda-li případům §§ 540 a 542 o. z. jsou přimíseny elementy římské indignity čili nic.⁶⁾ Nebo jiný příklad: Ten, kdo pročítá ustanovení výše citovaného zákona o pensijním pojištění soukromých zaměstnanců (sr. zejména §§ 74, 75 odst. 2, 76 odst. 5 cf. §§ 4, 12—19) musí si aspoň nadhoditi otázku,⁷⁾ zdali citovanými ustanoveními nebyl pozměněn princip dv. d. ze dne 25. listopadu 1839 č. 392 sb. z. s., podle kterého, když neplatné manželství smrti jednoho z manželů bylo zrušeno, jest zavésti

⁴⁾ Pozdější zákon ze dne 16. prosince 1906 č. 1. ř. z. z r. 1907.

⁵⁾ Sr. Pfaff-Hofmann Exkurse II. str. 9. sl.

⁶⁾ Citované ustanovení zní: Ustanovení prvního odstavce (so. o jediném uložení poplatku) platí obdobně, jestliže kdo... v době mezi nápadem a odevzdáním pozůstalosti se stane práva dědického nehodným.

⁷⁾ Otázku tu musí arci zodpověděti zamítavě.

u příslušného civilního soudu (§ 76 jur. nor.) šetření, žádá-li za to úřad v zájmu státním; pozměněn potud, že by snad úřední místa jmenovaná v týchž §§ mohla si sama vyřešiti prejudiciální pro jejich rozhodnutí otázku platnosti manželství. Řadu podobných dokladů bylo by možno vytěžiti ze zákonů československé republiky.

3. Změny, které tu mám na mysli, bývají dvojího druhu. Někdy ono nové ustanovení má ráz ustanovení speciálního, jež neruší nebo nemění ustanovení staršího, nýbrž je jen v některém bodě doplňuje, takže vedle obecného ustanovení staršího platí nové ustanovení v určitých případech přesně ohraničených. Tak na př. vedle § 2 zák. ze dne 15. května 1885 č. 77 ř. z., jenž zavedl 5% sazbu úroků z prodlení, platí § 4 zák. ze dne 8. února 1909 č. 29 ř. z., jenž ustanovil sazbu 4%, pokud se týká dluhovaných příspěvků z pojištění úrazového nebo nemocenského.⁸⁾ Jindy má ono nové ustanovení ráz ustanovení obecného, které starší ustanovení mění nebo je ruší nebo které jest aspoň obecným interpretačním pravidlem. Taková povaha byla na př. přikládána zákonu ze dne 19. července 1877 č. 67 ř. z. (platnému pro Halič), v němž se praví (§ 2), že pohledávky proti hostům za nápoje podané v místnostech hostinských a výčepních jsou nežalovatelný, pokud dlužník v době, kdy nápoj byl podán, nezaplatil ještě staršího dluhu stejného druhu proti těmž věřiteli, a kdež pak se ustanovuje dále (§§ 2 odst. 2, 3, 5), že takové též naturální pohledávky se nehodí ke kompensaci, k zajištění smlouvou zástavní nebo rukojemskou nebo konečně k novaci. Někteří dovozovali z těchto ustanovení, že citovaný zákon vyslovuje zásadní názor občanského práva na obligace nežalovatelné, jiní je pokládali za ustanovení výjimečná a podle tohoto dvojího názoru bylo vykládáno o právních následcích nežalovatelného závazku, jehož se dotkl § 1432 o. z. jen tak, že vyloučil soluti repetitionem.

Podobný ráz má výše citované cis. nař. ze dne 15. září 1915 č. 278 ř. z. a to nejen ve směru výše naznačeném, nýbrž i ve směru jiném, podstatně důležitějším. Učí se vůbec,⁹⁾ že přihláška dědická, právě tak jako právo římské aditionem hereditatis počítá mezi actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, ani

⁸⁾ Takovýmto nevtám se namnoze nedostává rysu nevědomosti o tom, že se starší ustanovení mění.

⁹⁾ Unger, Erbrecht str. 147.

podle našeho práva nesnáší připojení výminky nebo času, vyjmaje jediné výhradu dobrodiní inventáře. Výslovného ustanovení arci není, ale bylo možno rozhodnutí opřítí nejen důvodem historickým, nýbrž i úvahou, že § 799 o. z. určil obsah dědické přihlášky taxativně. Než citované cis. nař., jakož ostatně již dříve některá starší ustanovení o dani dědické, užívají obrátů, které toto rozhodnutí činí pochybným.

§ 14 cit. nař. ustanovil v odst. 1:

Jestliže kdo se vzdá deferované mu pozůstalosti, nebo deferovaného mu odkazu, neudávaje v čí prospěch tak činí, není nápad na toho, kdo se vzdal, pokud se k pozůstalosti ještě nepřihlásil nebo odkazu nepřijal, předmětem poplatku —

A v odstavci druhém:

Jestliže se kdo před odevzdáním pozůstalosti vzdá ve prospěch určitých osob, platí ustanovení předcházejícího odstavce jen tehdy, když vzdání se stalo bez výhrady a jen potud, pokud pozůstalost by byla napadla týměž osobám i tenkrát, kdyby vzdání se nebylo stalo ve prospěch určitých osob.

Pomineme-li toho, že citovaná ustanovení mluví o vzdání či renuntiaci, kde bychom podle terminologie občanského zákoníka, musili očekávati slovo odmítnutí či repudiace (§§ 537, 808 a contr. § 551 o. z.), byl by snad možný výklad, že se tu užívá slova vzdání ve smyslu jinakém než jak užívá slova vzdání (recte odmítnutí) obč. zák. Ale nelze nikterak odmítnouti zkrátka výklad, že se tu dopouští odmítnouti pozůstalost ve prospěch určitých osob. A poněvadž odmítnutí pozůstalosti není než rubem dědické přihlášky, byla by podle toho možna nejen formule: Odmítám pro ten případ, jestliže se stane dědicem A, nýbrž i formule: Přihlašuji se pro ten případ, nepřihlásí-li se k pozůstalosti A. Připustíme-li pak tuto formuli, nemůžeme než nepřipustiti formuli: Přihlašuji se k pozůstalosti, jestliže do 10 let se nepřihlásí k pozůstalosti A.¹⁰⁾ A ještě po jiné stránce učinilo citované cis. nař. výklad občanského zákoníka nejistým. Druhý odstavec § 14 mluví o vzdání (odmítnutí) před odevzdáním pozůstalosti, a odst. 1. rozlišuje výslovně vzdání před přihláškou dědickou a po ní.

¹⁰⁾ K tomu by bylo upozorniti na slova odst. 2., kdež se mluví o vzdání bez výhrady a pokládá se tedy patrně možným také vzdání (odmítnutí) s touto či onou výhradou.

Není tím snad modifikován § 806 o. z., jenž prohlašuje dědickou přihlášku za neodvolatelnou?

Následkem všeho toho, co právě bylo naznačeno příklady, je, že právní řád soukromý se skládá z vrstev uložených v různých dobách a jak samozřejmě, se tento ráz právního řádu soukromého sesiluje tím více, čím starší je jeho jádro, t. j. kodifikace. A ony vrstvy uložené v různých dobách jsou dosti různorodé. Je sice chvalným zvykem, že osnovy zákonů pracovány jsou znalci a že, aspoň v případech důležitějších, se podle zásady „více očí více vidí“ poskytuje i jiným znalcům příležitost, aby se mohli vyjádřiti o chystaném zákoně. Ale máme-li na zřeteli, že ony změny, o jakých bylo mluveno výše, vyplňují celá desetiletí a že změny ty jsou zhusta následkem právodárných aktů, jejichž těžiště je na polích od práva občanského velmi vzdálených, je jasno, že takové právodárné akty mívají, pokud se týká práva občanského, ráz jakýchsi nenadálých improvisací, že se vyskytnou, ačkoli autorům ani snad nepřipadlo na mysl, že se dotýkají práva občanského a že by tedy bylo vhodné slyšeti znalce tohoto oboru. A následkem takovýchto zásahů nebývá vždycky zlepšení práva občanského, t. j. leckdy se zhorší meritum, jindy se stane meritum dosud nepochybné pochybným. Přidržíme-li se příkladu uvedeného výše, ztěží můžeme říci, že by připuštění dědické přihlášky výmínečné nebo doložené časem znamenalo pokrok proti ustanovení, které zná jen přihlášku učiněnou pure.

4. I když hledíme k právodárným aktům, které lze nazvati zákony civilistickými, setkáváme se leckdy se změnami staršího řádu právního, které nenesou znak plné vědomosti o tom, že změna se činí a jaký je její dosah, takže i tyto civilistické zákony rozmnožují ono různorodé navrstvení právního řádu, o němž bylo promluveno výše. Z dějin našeho občanského práva lze uvést několik příkladů, které nejsou bez zajímavosti.

§ 339 obč. zák. vyložil o petitu žaloby pro rušení držby, že rušený se může domáhati zákazu dalšího rušení a náhrady prokazatelné škody a § 346 o petitu žaloby pro vypuzení z držby, že vypuzený může žádati za vrácení v předešlý stav a za náhradu škody. Při tom lze důvodně přijmouti, že za vrácení v předešlý stav lze žádati i v žalobě pro rušení držby, jestliže rušení mělo takovou povahu, že jím byly způsobeny změny dosavadního stavu,

které lze odčinití.¹¹⁾ Vždyť obě žaloby tvoří jen jedno genus acti-onum.

O zákazech budoucího rušení a o povinnosti navrátiti držbu v předešlý stav se přijímá obecně, že jsou to právní následky svémocného rušení držby nebo svémocného vypuzení z ní (takového, které se stalo vi, clam, precario) beze zřetele k tomu, zda-li rušiteli nebo vypuditeli lze rušení nebo vypuzení přičísti k vině čili nic. O povinnosti k náhradě škody způsobené rušením držby nebō vypuzením z ní se vykládá,¹²⁾ rovněž důvodně, že povinnost k takové náhradě vzejde podle obecných pravidel, t. j. podle § 1295 sl. obč. zák. a že pouhé faktum rušení držby nebo vypuzení z ní není ještě zdrojem takové povinnosti.

§ 5 cís. nař. ze dne 27. října 1849 č. 12 ř. z. ustanovil, že o pohledávkách na náhradu škody způsobené rušením držby nebo vypuzením z ní, sluší rozhodnouti ve sporu petitorním, pokud nebyly žalovaným dobrovolně uznány, čímž bylo řečeno, že o nich nelze jednati ve sporu possessorním. Ustanovení to bylo pak zosťřeno civ. řádem sd. z r. 1895, jenž vytkl v § 457 odst. 1, že ve sporu possessorním nesluší dopustiti, aby se bylo šířeno o pozůstávajícím snad nároku na náhradu škody.

Přihlédneme-li však k § 1323 obč. zák., jenž ustanovil o způsobu, jakým se hradí způsobená škoda, seznáváme, že ono ustanovení klade do popředí princip naturální restituce způsobené škody, pravě, že má-li býti nahrazena způsobená škoda, jest vše vrátiti v předešlý stav a jen tehdy, není-li to dobře možno¹³⁾, že je poskytnouti odhadní cenu (t. j. v penězích.).

Srovnáme-li tato ustanovení, je výsledek patrně ten: o povinnosti k náhradě škody je vyloučeno se šířiti ve sporu possessorním a přece je přípustno se šířiti o povinnosti navrátiti vše v předešlý stav a tuto povinnost uložití konečným usnesením, ačkoliv ono navrácení v předešlý stav není podle § 1323 než jedním ze způsobů, kterými se hradí škoda. A dále: Ačkoliv tato povinnost navrátiti vše v předešlý stav není než jedním ze způsobů, kterými se hradí způsobená škoda, bude tuto povinnost uložití nikoli za obecných podmínek §§ 1295 sl., nýbrž jako pouhý následek vykonaného rušení držby nebo vypuzení z ní.

¹¹⁾ Randa, Besitz str. 341, Ott, Soustavný úvod II. str. 315.

¹²⁾ Randa Besitz str. 345.

¹³⁾ Randa, Schadensersatz str. 194 p. 124.

5. Příklad jiného rázu poskytují §§ 1249, 1253 o. z. v souvislosti s dv. d. ze dne 31. ledna 1844 č. 781 ob. z. a §§ 125 sl. pat. ze dne 9. srpna 1854 č. 208 ř. z. jakož i s principem universální succeſse, jenž je hlavním pilířem dědického práva.

Přes doslov § 533 o. z., jenž praví, že právo dědické se opírá buď o poslední pořízení projevené zákonným způsobem nebo o dědickou smlouvu připuštěnou podle zákona nebo o zákon (recte poměr příbuzenský nebo manželský), a z něhož bylo možno dovozovati, že dědičná smlouva je právě tak jako testament a poměr příbuzenský i manželský důvodem delačním, nebyla povaha dědické smlouvy nepochybna hledíc k doslovu § 1249 o. z., kdež se nepraví, že smlouva dědická je smlouvou obsahující ustanovení kohosi za dědice, nýbrž se popisuje smlouva dědická jako smlouva, kterou se slibuje budoucí pozůstalost nebo její díl a slib se přijímá. Zcela jasně pak arci určily podstatu smlouvy dědické §§ 125 sl. pat. z r. 1854, z nichž vychází nepochybně na jevo, že smlouva dědická (přesněji: instituce dědická obsažená ve smlouvě dědické) právě tak jako testament (instituce dědická obsažená v testamentu) nebo poměr příbuzenský a manželský k zůstaviteli není než důvodem delace dědického práva.

Přes doslov § 774 o. z., jenž vytkl výslovně, že díl povinný může býti zanechán v podobě dílu dědického nebo v podobě odkazu; ačkoli dále §§ 788, 789 uvedly některé praestace inter vivos, které jest pokládati za poskytnuté na účet dílu povinného a ačkoli konečně § 784 by neměl dobrého smyslu, kdyby právo na díl povinný bylo právem na kvotu pozůstalosti, nebylo, hledíc zejména k §§ 778, 783 o. z., podle ustanovení občanského zákonníka o dědicích nepominutelných a dílu povinném zcela jasno, zda-li těmto ustanovením nejsou přimíseny některé elementy formálních nepominutelných práv dědických, jaká se vyskytovala v právu římském, potud, že ten, kdo byl vyděděn bez důvodů zákonem uznaných, a jehož povinný díl nebyl kryt výše vzpomnutými praestacemi inter vivos, by se mohl domáhati z titulu práva na díl povinný kvoty pozůstalosti. Že pochybnosti takové se vyskytovaly, svědčí zejména dv. dekret ze dne 31. ledna 1844 č. 781 sb. z. s., podle něhož nepominutelný dědic nemá podle § 784 nároku na poměrné podíly jednotlivých k pozůstalosti náležejících věcí movitých a nemovitých, nýbrž jen na hodnotu svého dílu povinného vypočtenou odhadem, čili přesněji na

sumu peněžitou rovnající se hodnotou kvotě pozůstalostní uvedené v §§ 765—767 o. z. Tím bylo pak arci pověřeno zcela jasně: Má-li poslední pořízení obsahující exheredaci (výslovnou nebo praeterici) obecné podmínky, na kterých závisí jeho platnost, t. j. je-li pořizovatel způsobilý, má-li dědic testamenti factionem passivam, je-li projev dostatečný a stojí-li za ním dostatečná vůle a stal-li se konečně projev v dostatečné formě, bude poslední pořízení platné, i když se exheredace stala bez zákonných důvodů a nepominutelnému dědici non rite vyděděnému vzejde jen právo dožadovati se na dědicích a odkazovnicích summy peněžité rovnající se hodnotě jeho dílu povinného t. j. zákonem ustanovené kvotě dílu intestátního. A hledíc k tomu, že instituce dědická obsažená v smlouvě dědické je nyní co do podstaty zcela nepochybně postavena na roveň instituci dědické obsažené v testamentu, bylo by říci, že postavení dědice nepominutelného non rite vyděděného je proti dědici smluvenému stejné jako proti dědici testamentárnímu.

Ale v § 1253 o. z. se setkáváme s pravidlem, že pořizuje-li kdo smlouvu dědickou, musí čistá čtvrtina pozůstalosti, na které nesmí váznouti ani díl povinný někomu náležející ani jinaký dluh, podle zákona zůstatí vyhrazena svobodnému (t. j. jednostrannému) poslednímu pořízení.

Ustanovení to bylo v starší nauce hojně a rozvláčně diskutováno,¹⁴⁾ ale jasného obrazu diskusse ty nepodaly. Unger¹⁵⁾ odbývá je stručnou poznámkou, že textování je nepřesné. Po mém soudě jest uspokojivý výklad nemožný v rámci pojmů o universální sukcesi a výše citovanými ustanoveními objasněných názorů o pojmech smlouvy dědické a povinného dílu.

Podle zásady o universální sukcesi neváznou dluhy pozůstalostní na té či oné kvotě pozůstalostní, nýbrž na pozůstalosti celé. Věřitele, pokud sukcese na dědice nebyla skonána, se mohou držeti celé pozůstalosti (§ 550 o. z.) a teprve, když byla pozůstalost přešla, mohou nastati co do ručení odchylky a to za té podmínky, že ten či onen dědic se přihlásil vyhradiv si dobrodiní inventáře.

Co by mohl znamenati § 1253 v rámci této zásady? Snad tolik, že zákon dal zde speciální ustanovení o ručení věřitelům

¹⁴⁾ sr. zejména Nippel VII. 2. str. 648 sl.

¹⁵⁾ Erbrecht § 26 p. 17.

pozůstalostním? T. j., zákon snad dopouští, aby smlouvou dědickou bylo pořízeno o $\frac{3}{4}$ pozůstalosti, kdežto pak $\frac{1}{4}$ zůstane volna pro instituci jednostrannou, po případě případně dědicům zákonným, ale tak, že věřitelé pozůstalostní a nepominutelní dědicové mohou se držeti jen dědice smluvního a nikoli dědice testamentárního resp. dědiců intestátních. Jenže takovému výkladu brání především slova „čistá čtvrtina“, jež patrně znamenají asi tolik jako „čtvrtina čisté pozůstalosti“. Kdyby totiž slovům čistá čtvrtina nebyl dán tento smysl, znamenalo by to, že při pozůstalostech přes $\frac{3}{4}$ zadlužených buď vůbec nemůže býti pořízeno smlouvou anebo dokonce že zákon odnímá věřitelům, pokud jejich pohledávky převyšují $\frac{3}{4}$ aktiv pozůstalostních, úkojný fond. Dále brání onomu výkladu slova „nesmí vážnouti“; výklad takový by žádal slova „nevážnou“. Není-li však v § 1253 o. z. pověděno nic jiného než že dědici testamentárnímu nebo smluvenému musí zůstatí volna $\frac{1}{4}$ čisté pozůstalosti, jsou slova „na které nesmí vážnouti ani díl povinný někomu náležející ani jinaký dluh“ zbytečná, poněvadž z obecných, výše citovaných ustanovení o ručení dědiců se podává totéž: Neboť činí-li pozůstalost 100.000 K a zadlužení (v to čítajíc díl povinný) 60.000 K a je-li kdo smlouvou povolán ke $\frac{3}{4}$ pozůstalosti a jiný testamentem k $\frac{1}{4}$, činí čistá pozůstalost 40.000 K a $\frac{1}{4}$ čisté pozůstalosti 10.000 K. A těchto 10.000 K (t. j. pozůstalostních předmětů v ceně 10.000 K) dostane se testamentárnímu dědici již podle obecných ustanovení.

Tedy by snad pravý výklad § 1253 byl ten, že zůstaviteli je bráněno uvaliti na $\frac{1}{4}$ zůstavenou podle zákona svobodnému (jednostrannému) pořízení taková břemena, jejichž výplata by způsobila, že by se testamentárnímu (zákonnému) dědici nedostalo $\frac{1}{4}$ čisté pozůstalosti. A tu by byl zase možný výklad dvojí, buď že nižádné břemeno nemůže takto býti uvaleno na onu čtvrtinu nebo aspoň ne takové, které vážne na pozůstalosti z vůle zůstavitelovy. Bez vážných pochybností arci ani tento výklad není. Především takovýto zřetel k osobám, které nejsou dědici nepominutelnými, by znamenal zavedení jakéhosi nového práva na díl povinný. Neboť by bylo rozhodnouti: Když zůstavitel učiní dědickou smlouvou, musí dědic ex testamento nebo ab intestato obdržeti čtvrtinu čisté pozůstalosti. Jakés takés důvody takového rozhodnutí by snad bylo možno naléztí nejspíše

ještě ve vývodech presidenta Haana.¹⁶⁾ Jenže, pokud protokoly nám vůbec podávají dostatečného světla, je z nich jasno, že ono výše vzpomenuté rozhodnutí intencím redaktorů nikterak neodpovídá.

K § 523 západohaličského zákonníka (Niemand kann durch einen Erbvertrag auf das Recht zu testieren gänzlich Verzicht thun. Wenigstens ein Viertel muss aber ganz frei sein: und es darf weder der jemandem gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuld darauf haften), jenž, jak patrno, co do merita se podstatně srovnává s § 1253 o. z., učinil vnitrorakouský appelační soud monitum, že by bylo připojiti dodatek:

„Es wäre denn, dass der Erblasser in seiner letztwilligen Verordnung eine Schuld oder den Pflichttheil auf dieses freie Viertel ausdrücklich angewiesen hätte.“

K tomu připomenul Zeiller:

„Es bedürfte wohl keiner Erklärung, dass der Erblasser nach geschlossenem Erbvertrage durch eine letzte Anordnung den Pflichttheil oder die Schulden auf das ihm frei gelassene Viertel anweisen könne¹⁷⁾

a připojil pak hledě k dotazu hornorakouské komise: (b) ob in dem Falle, dass in dem Erbvertrage das ganze Vermögen eingeschlossen und das Viertel zur letztwilligen Verordnung nicht vorbehalten worden, der ganze Erbvertrag ungiltig, oder vielmehr nur in Rücksicht des Vierteltheils ungiltig sein soll?

c) ob in dem Falle, dass ausser dem Erbvertrage keine letztwillige Anordnung über das Viertel vorhanden ist, in Hinsicht dieses Vierteltheils die gesetzliche Erbfolge eintrete? oder ob dieses

¹⁶⁾ Ofner II. str. 548 sl.

¹⁷⁾ K vývedům Zeillerovým by bylo arci podotknouti, že nám není tak jasno, že by zůstavitel, po uzavření smlouvy dědické mohl odkázati díl povinný nebo dluhy na čtvrtinu vyhrazenou volnému pořízení nebo by aspoň slova pro nás obsahovala dvojmysl. Stěží bychom totiž mohli, hledíc k právu věřitelů pozůstalostních a nepominutelných dědiců na uspokojení z pozůstalosti, přiznati, že by zůstavitel způsobil svým nařízením, že by zmíněné osoby mohly pohledávati uspokojení jen z oné čtvrtiny, a mohli bychom připustiti jen tolik, že takové nařízení má povahu odkazu uvedeného v § 665 o. z., a že dědic smluvený, když byl zůstavitel odkázal díl povinný nebo dluhy na onu čtvrtinu vyhrazenou volnému pořízení, může se hojiti na dědici testamentárním nebo intestátním, jestliže zaplatil něco z povinnosti příkazných těchto placení.

Viertheil dem zur ganzen Verlassenschaft berufenen Vertragserben zufalle?)

nový text:

„Niemand kann durch einen Erbvertrag auf das Recht zu testieren gänzlich Verzicht thun. Ein reines Viertheil, worauf weder der Jemandem gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuldenlasten darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfügt, so fällt es doch nicht dem Vertragserben, obschon ihm die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern dem gesetzlichen Erben zu.“

Tedy, jak patrno, text na vlas stejný, s jakým se nyní setkáváme v § 1253. A text ten zůstal pak již beze změn, ačkoli při superrevisi byl o kapitulu „dědické smlouvy“ sveden tuhý boj, jenž tuto kapitolu přenesl na jiné místo, učiniv z ní část kapitoly o smlouvách svatebních.

Zda-li § 1253 o. z. se shoduje s § 523 záp. hal. zák. naveskrz, není arci zcela jasno. Podle § 523 bylo by, když zůstavitel pořídil dědickou smlouvou o celé pozůstalosti nezanechav testamentu a nařídil kodiciilem odkazy rovnající se $\frac{1}{4}$ čisté pozůstalosti, možno rozhodnouti, že smluvený dědic je dědicem ex asse, ale má přes doslov § 522 (gegen einem Erbvertrag findet keine letztwillige Verordnung statt. Nur dasjenige Vermögen, über welches kein Erbvertrag errichtet ist, fällt den Testamentserben oder in deren Ermangelung den gesetzlichen Erben zu) povinnost zaplatiti ony odkazy. Můžeme tak rozhodnouti i podle § 1253? Anebo musíme říci, že dědická smlouva platí jen pokud se týká $\frac{3}{4}$, kdežto pak $\frac{1}{4}$ případně dědici zákonnému a kodiciil hledíc k § 1254 o. z. nedojde úspěchu. Slovo „verfüget hat“ v § 1253 by sneslo výklad kodiciillu příznivý, ale § 1254 o. z. se § 1253 nedovolává. Vším způsobem lze říci, že, byla-li dodatkem Zeillerovým způsobena změna právě naznačená, nelze říci, že by tím bylo docíleno zlepšení starého textu.

6. Mám za to, že celé pochybné ustanovení § 1253 o. z. dá se uspokojivě vyložiti jen jako pozůstatek představ o smlouvě dědické, jaké nepronikly vlastně ani do občanského zákoníka a jakým nás zcela odcizily jasné představy o povaze universální sukcesse, dědické smlouvy a dílu povinného. Ono pochybné usta-

novení dalo by se snad vyložití uspokojivě v rámci takových ustanovení o smlouvě dědické, jaké má na př. § 517 záp. hal. zák.

Sind aber in dem Erbvertrage bestimmte Grundstücke, Capitalien oder andere Güter als Nachlass bestimmt worden, so hat der Vertragserbe die Rechte eines Gläubigers erworben und die zum Nachlasse bestimmten Sachen können nach Umständen die Eigenschaft eines Fideikommisses annehmen“,

a takových názorů, jaké opírajíc se o § 517 měla o smlouvě dědické hornorakouská komise.¹⁸⁾

Wenn nach Maaszgab des § 517 jemand in einem Erbvertrage alle Banco-Kapitalien oder eine Herrschaft, welche mehr als $\frac{3}{4}$ seines Vermögens ausmachen, verschaffet hätte, ob auch dieser Vertragserbe, der doch zufolge § 517 die Rechte eines Gläubigers erhalten soll, alle Schulden des Erblassers und den Pflichttheil berichtigen, auch noch einen Theil zur Ergänzung des $\frac{1}{4}$ herausgeben müsste und ob sonach dieser $\frac{1}{4}$ ganz nach einer letztwilligen Anordnung zu andern Bestimmungen verwendet werden könnte oder den gesetzlichen Erben zufalle?

Zeiller k tomu poznamenal:

Es gelte dasjenige, was von dem Vertragserben überhaupt gesagt wird, auch von dem, welchem bestimmte Sachen oder Kapitalien zugesichert sind, ohne dass es einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf.

S takovou smlouvou odkazovou by se náš pochybný passus v § 1253 zcela dobře snesl a dal by se vysvětliti snahou, aby osoba nějaká se nezbavila jednáním učiněným na případ smrti neodvolatelně možnosti nakládati veškerým svým majetkem, přes to, že § 944 o. z. dopouští, aby se veškerého majetku zbavila jednáním mezi živými. Přidržíme-li se příkladu daného výše, byl by výpočet ten: Má-li někdo jmění 100.000 K a 60.000 K passiv (včítajíc do toho díl povinný), mohl by smlouvou odkazovou nakládati jen majetkem do 30.000 z aktiv.

Jenže jsou tu dvě pochybnosti:

Především pochybnost rázu základního. Unger¹⁹⁾ vycházejí patrně z názoru, že naše právo zná jen smlouvu advitalitní (§ 1255 sl.) a smlouvu dědickou, přípustnost smluv odkazových vůbec popírá. Studium přípravných prací by nás od tohoto názoru

¹⁸⁾ Ofner I. str. 440.

¹⁹⁾ na u. m. § 61 p. 4.

opřeného o argumentum a contrario nemusilo odvrátiti, ježto lze patrně argumentovati tak: Jestliže západohaličský zákonník²⁰⁾ takové smlouvy znal a jestliže pak po tuhé diskussi²¹⁾ o přípustnosti dědických smluv v širším smyslu zůstaly v obč. zák. jen smlouva dědická v užším smyslu a smlouva advitalitní, lze míti za to, že jinaké smlouvy odkazové než smlouva advitalitní přípustny nejsou. A nemusil by nás másti ani rozdíl v textování § 1249 (pozůstalost nebo její část) a § 532 (celá pozůstalost nebo její díl určený zřetelem k celku). Ale uvážiti jest jedno: Výpočet smluv svatebních v § 1217 dojista není taxativní²²⁾ a stěží bude tedy možno prohlásiti nepřípustnými smlouvy, které povahou nebo účelem se srovnávají se smlouvami uvedenými v § 1217, nehledíc ani k tomu, že smlouva o plat vdovský (§ 1242 sl.) také není než smlouvou odkazovní, vykazující obdobu s nařízením odkazovým jmenovaným v §§ 672 sl.

Druhá pochybnost by se pak týkala již otázky speciální hledíc k takovýmto smlouvám odkazovým t. j. otázky, která doba by měla býti rozhodna při rozhodování otázky, zda-li smlouva odkazová § 1253 vyhovuje čili nic. Když by kdo odkazovní smlouvou zanechal $\frac{3}{4}$ svého (čistého) jmění a potom by zbytku jmění pozbyl, je správné rozhodnutí, že nařízení odkazové § 1253 vyhovující, nyní mu již nevyhovuje, či rozhodnutí, že nařízení, které vyhovovalo v době, kdy se stalo, vyhovuje i nadále? A naopak: když osoba nějaká by smlouvou odkazovní zanechala $\frac{5}{6}$ svého (čistého) majetku a když by potom zbytek jmění svého zesateronásobnila, je správné rozhodnutí, že nařízení odkazové dodatečně konvaliduje či rozhodnutí, že neplatí, pokud se týká části převyšující $\frac{3}{4}$ původního jmění?

Zavedše ústav inofficiosního darování vyslovili římsí právníci zásady, že darování inofficiosní se během události může státi officiosním, že však darování officiosní se během události nemůže státi inofficiosním. Tyto zásady akceptoval původní text § 951 o. z., ale nový text téhož § (§ 71 nov. III.) zná sice zásadu, že darování inofficiosní může se státi officiosním, ale nezná již zásady, že darování officiosní nemůže se státi inofficiosním. I vznikají otázky:

²⁰⁾ II. § 517.

²¹⁾ Ofner II. str. 548 sl.

²²⁾ Sr. k tomu § 1217 slovo „zvláště“ a zejména Gl. U. W č. 13732.

Je tu taková podoba mezi omezením, které zná § 951 a oním, které by z § 1253 plynulo pro smlouvu odkazovou, že by bylo možno užítí zásady § 951 obdobně? A je-li tomu tak, bylo by se při rozhodování otázek výše daných držeti obdoby starého § 951 či říci, že věta „leges posteriores ad priores pertinent“ měla by býti vztažena i sem?

7. Podvědomé namnoze navrstvení různorodých a z různých dob pocházejících ustanovení právních, která však přece tvoří jeden celek, zdá se mně býti prokázáno. Z pravidla arci nepůjde o nic, co by nemohlo býti zmoženo obvyklými prostředky právníké interpretace, zejména pomocí věty „lex posterior derogat priori“ a podle potřeby i prostředky jinými. Než ono navrstvení právních ustanovení vyrůstajících z různých kořenů sahá mnohem hlouběji. Toto navrstvení sahá do kodifikací samých. Čím více se kdo zabývá některou kodifikací, tím spíše seznává, že taková kodifikace není než resultatem myšlení a rozhodování z nejrůznějších dob, při čemž pak jednotlivé kusy složené v jeden celek spolu neharmonují. Kdyby některý z moderních kodifikátorů chtěl tvrditi, že jeho kodifikace neobsahuje antinomií, nebylo by jeho tvrzení o nic méně nepravdivé než známý § 15 Justinianovy kodifikace *Tanta*:

Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

A pravý důvod oné nepravdivosti byl by asi stejný jako v konstituci *Tanta*. Moderní kodifikace jsou sice dojista mnohem více duchovním dílem jednotlivce nebo několika jednotlivců než kodifikace Justinianova a zvláště pak než *Digesta* a *Codex*, ale za to process usazování právních vrstev trvá o půldruhého tisíciletí déle.

Není arci každá antinomie následkem tohoto navrstvení: Jestliže v § 878 máme ustanovení o slibu plnění nemožného a jestliže v § 923 máme ustanovení o slibu plnění věc, která již neexistuje,²³⁾ nejde patrně o nic jiného, než o nedopatření redaktorů, již na dvou místech ustanovili o témž případě a pokaždé

²³⁾ Sr. k tomu Stupecký Právník XX. str. 329 sl.

jinak. Stejně jest vyložiti rozpor mezi § 869 o. z. jenž ustanovil, že je-li tu dissens (nedošlo-li ke konsensu), smlouva se nestane skutkem, a § 915, jenž arci může býti vztahován na případy nejasného konsensu, ale rovněž dopadá na případy dissensu způsobeného užitím nejasných výrazů. Ale setkáme se v kodifikaci zhusta s antinomii, jejíž důvod je zcela jiný a rovněž snadno seznatelný. Kodifikace recipuje z různých pramenů a nedocílí se jednotnosti anebo k recipovaným ustanovením přistupují nová, která bychom mohli nazvati tvůrčími činy redaktorů a, nebude docíleno souladu s právem recipovaným. Někdy arci nebude následkem takového počínání nic jiného, než že se v kodifikaci octnou ustanovení, která se k sobě nehodí, avšak nedávají vzniknouti pochybnostem o obsahu a smyslu zákonné normy.

Tak na př. obč. zák. nepřijal zásady „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*“ (§ 534), ale přijal v podstatě zásadu „*nemo cum pluribus testamentis potest decedere*“ (§ 713, sr. k tomu §§ 714 a 582). Podobně zamítl zásadu, že „*institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*“ (§ 726), ale přece pokládal nutným recipovati zásadu „*si quis ommissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem*.“

Z podobných kořenů vyrůstají však leckdy právě antinomie rázu materiálního.

8. „Originálně a směle myšlené normy omylové“²⁴⁾ (§ 871 sl.) jsou taková nová ustanovení, o jakých byla učiněna zmínka výše. Samozřejmě nejde o soubor norem, které by si redaktoři obč. zák. sami byli vymyslili až do jednotlivostí. V celé řadě bodů opírají se tato ustanovení o starší právo. Omyl v předmětu, omyl v osobě, omyl v podstatných vlastnostech nejsou než *error in corpore, in substantia, in persona* a *in qualitate* římských a kanonických pramenů. Ale to, že byl význam omylu semknut do dvou vět, t. j., že omyl činí smlouvu neplatnou jen když je podstatný²⁵⁾ a když uvedení v omyl vychází od *promissara* nebo *sice*

²⁴⁾ Strohal: Die Giltigkeit des Titels str. 15.

²⁵⁾ Tato formule se arci v zákoně nevyskytuje, ale lze se jí snadno dobrati syntesou §§ 871, 872, 873, z nichž právě sluší vyložiti pojem omylu podstatného. Že sloučením §§ 871 a 876 v jediný a novou, po mém soudě nepřilíhající šťastnou, redakci § 871 nebyl změněn smysl těchto ustanovení, svědčí přípravné práce; sr. zprávu justiční komise panské sněmovny str. 134 sl.

od osoby třetí, jestliže promissar měl na uvedení v omyl osobou třetí podíl nebo o něm (věděl) věděti musil, nebo konečně jestliže omyl vzešel z vlastní iniciativy promittentovy, ale bylo ho promissarem využito, to vše znamená formulování, které je dojista jasně myšlenou, důslednou a účelnou úpravou hledíc k bezpečnosti obchodu.

Vedle těchto svérázných ustanovení o omylu pojali redaktoři do zákonníka ustanovení o správě (§ 922 sl.), jejichž romanistický původ je zcela patrný na první pohled. Ustanovení římského práva o ručení za habere licere jsou arci podstatně modifikována a rozšířena a podobně je modifikováno a rozšířeno ručení za vady věci prodané a za její vymíněné vlastnosti, jak věci ty byly zavedeny žalobami aedilskými. Obojí ručení bylo pak sjednoceno v ústav povinnosti ke správě.²⁶⁾

Je snad na první pohled patrné, že obojí ustanovení právě uvedená spolu konkurrují. Bylo by sice možno učiniti pracovní pokus ohraničiti pole působnosti ustanovení omylových a ustanovení o správě, ale pokus takový by příliš zřetelně nesl pečť prací oněch starších právníků, kteří se zabývali výkladem práva justiniánského a věřice do slova citovanému místu z constitutio Tanta se snažili subtilními distinkcemi vyložiti dosah konkurrujících ustanovení tak, aby spolu nebyla na sporu.²⁷⁾

Jestliže kdo prodá věc movitou stíženou vadami kromobyčejnými, t. j. takovými, které při takové věci z pravidla nebývají, jestliže vady ty brání řádnému, t. j. obvyklému užívání věci a nemohou býti odstraněny a jestliže kupec o vadách těch neví a vady nepadají do očí: spadá případ pod § 932 o. z., podle něhož lze žádati za zrušení smlouvy, což patrně předpokládá její platnost. Ale případ spadá zajisté také pod § 871 o. z. Neboť jedna strana (kupující) byla uvedena v omyl stranou druhou (druhá strana dala k omylu podnět) a omyl se týká podstatných vlastností věci, k jakým směřoval úmysl kupujícího.²⁸⁾ Ale podle § 871 nevzejde pro stranu, která se mylí, žádný závazek a smlouva je

²⁶⁾ Zda-li věc lze pokládati za podařilou čili nic sr. Stupecký Právník na u. m str. 325 sl.

²⁷⁾ Kritické posouzení podobných pokusů nenáleží sem.

²⁸⁾ Jak patrné, je vynecháno v textu slovo „erklärt“, ale slovo to se nesnáší s využitím omylu (sr. výše), jak bylo upraveno dříve v § 876 a nyní v § 871 in f.

tedy neplatna. Ovšem by mohl někdo říci, že zrušení smlouvy podle § 932 a pohledávání pro omyl sběhlý při smlouvě (§ 1487) jsou konečně totéž. Ale stačí upozorniti na lhůty vyměřené pro žalobu různě v § 933 a v § 1487.

Anebo další případ: Vady jsou napravitelné. Podle § 871 nic na tom nezáleží, zdali podstatná vlastnost, které se věci nedostává, by mohla býti doplněna, a smlouva je stejně neplatna;²⁹⁾ § 932 nedopouští v takových případech zrušení smlouvy, nýbrž jen žalobu o nápravu³⁰⁾ nebo za slevu. Podobnou konkurenci obojích ustanovení zákonných bychom mohli sledovati, kdybychom uvažovali o nedostatku vlastností vymíněných (dicta promissa) §§ 932, 923 a vedlejších okolnostech (nepodstatných vlastnostech), které strany v konkrétním případě byly povýšily na vlastnosti podstatné § 872.

9. Nenapsal jsem předcházejících řádek, abych hledě k chystané revisi textu občanského práva upozornil na tu neb onu antinomii, která by mohla či měla býti odstraněna. Kdyby to bylo bývalo mým cílem, bylo by bývalo nutno zvoliti postup zcela odchylný, t. j. pečlivě katalogisovati všechny povědomé případy a ne příkladem upozorňovati na tu nebo onu skupinu případů. Účel můj byl, ač zní to snad paradoxně, právě opačný. Chtěl jsem upozorniti s důrazem a snad se zbytečným aparátem na to, že antinomie je, hledíc k povaze právního řádu soukromého, charakteristickým a nezbytným jeho průvodcem. To vede pak na větu, že veškerá péče vystříci se antinomií jest asi marna. Tato marná po mém soudě péče mohla by pak při revisi býti dokonce příčinou výsledků nežádoucích. Mohla by totiž býti příčinou toho, že by kdo chtěl nalézati v revidovaném právu, opíraje se o nedostačnou zkušenost, antinomie, kde jich snad ani není a kde dokonalejší poznání moudrosti uložené předky objeví pravý, antinomií nepostižený stav.

Vhodným příkladem, že i dnes lze pečlivým studiem občan-

²⁹⁾ Že by vada napravitelná nemohla míti povahu vlastnosti podstatné, nelze po mém soudě připustiti.

³⁰⁾ Mluvě o žalobě o nápravu, zmiňuje se § 932 jasně jen o vadách kvantitativních, ale kdybychom ustanovení to chtěli vykládati doslova, scházelo by ustanovení o kvalitativních napravitelných vadách, jakož v starém § 932 scházelo vůbec ustanovení o vadách nenapravitelných, které jsou sice kromobyčejné, ale ne takového rázu, že by bránily řádnému užívání věci, tedy v hlavních případech, které náležejí k actio quanti minoris. .

ského zákonníka objeviti, že není antinomie, kde někteří ji nalézají, zdá se mně býti poměr mezi §§ 1295 a 1311 obč. zák. Novější nauka a judikatura konstatovala, že obě ustanovení jsou spolu na sporu a to tak, že vedle „příčinné souvislosti podle občanského práva“, jak se podává z § 1311, není místo pro těsnější příčinnou souvislost opřenou o § 1295 o. z., takže ve všech případech stačí souvislost naznačená v § 1311. Uvědomíme-li si však, že § 1295 jedná o škodě způsobené protiprávním jednáním volním a § 1311 o škodě způsobené náhodou, dovede nás pečlivý rozbor § 1311 k uspokojivému výkladu tohoto ustanovení, který nejen neučiní příčinnou souvislost naznačenou v § 1295 zbytečnou, nýbrž který po mém soudě je i účelný.

Ostatně ona snaha odstraňováním skutečných i domnělých antinomií zlepšovati starý text, nebezpečná i z jiných důvodů, o nichž bude řeč později (pod č. 13), byla by poněkud neúměrná době, ve které, aspoň u nás, se vyskytují mnohem hrubší poklesky v pracích zákonodárných, než jaké se vyskytovaly v kterýchkoli dobách jiných.³¹⁾

10. Snad někdo vytkne, že přítomná doba méně než kterákoli jiná se hodí k tomu, aby bylo upozorněno na skutečnost, že právní řád soukromý, vybudovaný v pradávných dobách zákonodárce, jejichž jmen neznáme, na zásadách soukromého vlastnictví, svobodné směny a posloupnosti, nejen tkví, jak se zdá, svými kořeny hluboko v životě a cítění sociálním, nýbrž i že v oněch zásadách obsahuje kategorie, kterých není snadno se zbaviti a to ani těm, kdo je považují za škodlivé a chtějí svěsti život sociální v nové koleje.³²⁾

³¹⁾ Slova tato nechťi býti nikterak zahalenou parafrásí výtek a vtipů, které se činí hledíc k zákonodárné činnosti v našem státě a které, jak se mně zdá, stávají se i nechutnými, any vycházejí namnoze z míst málo kompetentních. Zákonodárná práce vyhledává vedle jiných podmínek, jako každá jiná činnost, rutiny. A nebylo naší vinou, že v starém Rakousku jen málo našich lidí si mohlo osvojiti tuto rutinu — a to ještě měrou ne dostatečnou, nehledíc ani k tomu, že ohromné úkoly, které v krátké době bylo zmoci, samy dovedou omluviti leckterý i hrubý poklesek. Pod tímto zorným úhlem ztěžší se nám nové zákony budou zdáti tak špatnými, jak by se dalo souditi podle hněvivého i výsměšného jejich posuzování, ač sluší doznati, že při dobré vůli a troše opatrnosti mnohé by mohlo býti značně lepší.

³²⁾ K uvedené činnosti zákonodárcově sr. moje poznámky v citovaném

Příklad toho máme z doby velmi blízké, kdy československé zákony o pozemkové reformě, jež chtěly omeziti a z části i odstraniti soukromé vlastnictví k půdě, důsledným provedením těchto snah dospěly, jak bylo pověděno nikoli nepřipadně, k zavedení ústavu selských fideikommissů. Zjev je jistě tak zajímavý, že by stálo za to, pobýti při něm déle. Než důležitost předmětu žádá patrně zpracování zevrubnějšího. Zde byla věc uvedena jen proto, aby bylo upozorněno na to, co lze nazvati papírovými ustanoveními.³³⁾

Abych užil příkladu nejvýraznějšího. Říci a to třeba způsobem sebe slavnostnějším, že soukromé vlastnictví se ruší, znamená pranic. Když ke konci římské republiky, patrně jako dědictví po velkém revolucionáři Gaju Gracchovi, se ujal právní názor, že římský stát je vlastníkem veškeré půdy provinciální a když pak bylo učeno za principátu, že vlastníkem půdy v provinciích císařských je princeps a že jednotlivci (dosavadní vlastníci) nemají k půdě dominium ex jure Quiritium, nýbrž jen possessionem et ususfructum, přece jen tyto possessio a ususfructus se spravovaly na konec stejnými zásadami jako ono dominium ex jure Quiritium. Arciže ony věty vyslovené římskými právníky neměly do sebe nic papírového. Důvodem jejich nebyla nikterak hesla obdobná soudobým. Nešlo o nic jiného, než poskytnouti vhodné roucho cíli velmi praktickému. Šlo o to, podrobiti půdu provinciální berní pozemkové, a duchu římskému, konservativnímu a postupujícímu po etapách, zamlouvalo se lépe, rozhodnouti, že subjekt povinný daní není vlastníkem, než říci, že vlastník půdy je povinen platiti pozemkovou berní. K této větě dospěli Římané arci také, ale mnohem později.³⁴⁾

pojednání Sb. věd právních a státních XVII. str. 7 sl. Co do slov textu připomínám, že tyto řádky nechťi býti ani poznámkami na okraji doby kterou snad, ač není to jisto, budoucí věky budou nazývati velikou, nýbrž chtějí upozorniti na některá možná, ale tuším z pravidla opomíjená hlediska, opomíjena hlavně proto, že se zhusta vede boj nikoli o pojem, nýbrž o slova, jež nakonec proti pojmům nemají jiné povahy, než jakou mají chemické značky proti prvkům; sr. Sigwart Logik I. str. 324.

³³⁾ Zjev uvedený v textu souvisí patrně s rozdílem mezi juristickou, formou a ekonomickými jevy jí regulovanými, takže na př. ona juristická forma je snad sociálně zcela neškodná, kdežto povážlivými jsou jen ony ekonomické jevy. Avšak přece bojovné úsilí se soustřeďuje na onu juristickou formu a ne v první řadě na ony ekonomické jevy.

³⁴⁾ Heyrovský: System str. 322-sl.

Jak tedy patrně, nestačilo by říci, že soukromé vlastnictví k půdě se ruší, nýbrž bylo by je nahraditi novou právní formou a ustanoviti na př., že vlastnictví se mění v právo pachtovní,³⁵⁾ což by, přidržujeme-li se konkrétního právního řádu, znamenalo, že právní postavení dosavadního vlastníka se spravuje nadále ustanoveními § 1090 sl. obč. zák. Jenže tu by zákonodárce záhy poznal, že taková věta jde příliš daleko, a že je nucen, vyhovuje panujícím potřebám hospodářským a snad také mohutným tendencím sociálně-psychologickým, modifikovati zvolenou právní formu podstatně a to tak, že by na konec poznal, že bojoval za frási a nikoli za věc a že konečná právní forma stojí v nebezpečné blízkosti perhorreskovaného vlastnictví.

11. Je známý a často citovaný zjev,³⁶⁾ že je mnoho právních případů, které nejsou rozřešeny v zákoně, a platí obecné přesvědčení, že zákon sebe více kasuistický nedovedl by napřed dáti pravidlo pro všechny právní případy, které by snad se mohly vyskytnouti. S tím souvisí jiný, rovněž dobře známý zjev, kterého jsem si, arci s hlediska poněkud jiného, povšiml v pojednání citovaném výše,³⁷⁾ zjev totiž, že dlouhým vzděláváním obsah právního řádu speciálně určitého zákonníka se množí, t. j. pozdější doby nalézají v něm rozhodnutí případu, kterého tam nenalezaly doby starší. Nepatrné, původními redaktory snad bez zvláštního úmyslu užitě slovo, se objeví vhodným, aby oň bylo opřeno rozhodnutí toho či onoho případu, jaké se jeví žádoucím, a rozhodnutí to pokládá se pak nadále za normu obsaženou v zákoně. Postupem doby pak se vytvoří kolem jádra, které tvoří zákon, obal, rostoucí se stářím zákona. Nejen zákon XII. tabulí, nýbrž i jiné kodifikace mají svoji interpretatio, jenže Římané snad si byli více než pozdější vědomi, co je lex a co je interpretatio.³⁸⁾

Méně povědomý, ač také nepochybný je zjev, který by bylo možno charakterisovati tak, že v době práva psaného, zejména kodifikovaného, je právní řád chudší v myslích než na papíře, a

³⁵⁾ Jak ostatně o těchto věcech bylo uvažováno při diskusi zákona záborového (zák. ze dne 16. dubna 1919 č. 215 sb. z. a n.).

³⁶⁾ Fr. 12 D 1,3; fr. 13, 17 eod.

³⁷⁾ Sborník XVII. str. 10 sl.

³⁸⁾ Typickým příkladem mohl by býti starý § 1019 o. z. a smlouvy ve prospěch osob třetích, nebo uznání kategorie nepravidelného deposita přes doslov § 959.

to nejen v myslích laiků,³⁹⁾ nýbrž i v myslích právníků.⁴⁰⁾ Následkem toho je pak, že se právní případy subsumují jednomu pravidlu, ačkoli by měly býti správně subsumovány pravidlu jinému, nebo že se některé pravidlo vykládá extensivně nebo podle obdoby, aby jím byl kryt právní případ, který očekává svého rozhodnutí, ačkoli je v zákoně pravidlo, které je raženo přímo na takový případ. A obsah vědomí se bez ustání mění. Vyskytuje se jakési stálé proudění. Do pohotového vědomí vykladatele práva vstupují ustanovení dosud zanedbávaná, a jiná dosud hojně diskutovaná se z vědomí vytrácejí.

Oba prvé z uvedených zjevů mohou býti doloženy snadno. Málokterý spis o právu, málokteré rozhodnutí je takového rázu a obsahu, aby nebylo jejich dokladem. Za to třetí zjev je dosti utajen a vyskytuje se zejména tenkrát, když systém zvolený zákoníkem nauce již nevyhovuje a přikročí se k náhradě výkladů komentářových výklady systematickými (t. j. volí se nový systém). Kdyby onen zjev nebyl utajen, nebylo by ho. Že se vyskytuje, dosvědčují však přece některé symptomy. Především jakýsi symptom, který lze nazvat statistickým. Sledujeme-li rejstřík sbírek obsahujících rozhodnutí soudní, seznáváme, že některá ustanovení se v něm neobjevují vůbec⁴¹⁾ nebo že některá ustanovení se neobjevují dlouho, aby se pak objevila přece, ale za to se vytrácejí jiná. To by ani nemusilo býti rozhodujícím. Důvodem by tu mohlo býti, že se po některou dobu nevyskytují právní případy, které by podle oněch ustanovení mohly býti rozhodnuty, nebo že se aspoň nevyskytly před onou instancí, jejíž rozhodnutí sbírka obsahuje. Přímějším dokladem onoho zjevu je pak, co bych nazval objevem toho či onoho ustanovení v nauce nebo v judikatuře. K té věci budiž uvedeno několik příkladů vybraných námátkou. Dovozovalo se z § 1438 o. z., že *compensatio ipso jure fit*, t. j. že vzájemné pohledávky se ruší, jakmile se proti sobě octly, a zapomnělo se, že se takové rozhodnutí nesnáší s § 1442 o. z.; diskutovalo se o otázce, zdali, když pohledávka byla postoupena,

³⁹⁾ O té věci není ani potřebí se šířiti, sr. Klein Festschrift zur J H F I. str. 4.

⁴⁰⁾ Zjev uvedený v textu je výšečí širšího zjevu, na který upozornil Tilsch Právo občanské I. str. 51 sl., mluvě o rozdílu mezi dogmatickou a empirickou vědou právní.

⁴¹⁾ Mám arci na zřeteli ustanovení obsahující právní nermy.

náleží důkaz o dobytosti či nedobytnosti její na cedenta či cessionáře, a zapomnělo se, že věc je patrně rozhodnuta v § 925 o. z. a contrario; vykládalo se, hledíc k § 1158 o. z. (starému), příliš doslovně, že objednávka práce, když objednaný dodá látku, je smlouvou trhovou, a přece § 1163 o. z. (starý) vede na to, že podobné smlouvy jsou patrně v četných případech smlouvami o dílo. Vedl se spor o to, zdali je fideikommisární substituci v pochybnostech pokládati za instituci výjimečnou či za instituci ex die, a přece § 614 o. z. má jasné pravidlo vykládací.⁴²⁾ Ve sporu o přípustnost žaloby za odvolání urážky, odprošení atp. bylo ukázáno na § 1323 o. z., jenž káže navrátiti vše v předešlý stav.⁴³⁾

12. Důvody zjevu, že právní řád je leckdy chudší v myslích než na papíře, jsou rozmanité a lze je roztřídit na několik skupin.

Je to především nedostatečnost lidského intelektu, neschopnost podržeti v paměti celý rozsáhlý soubor norem, jenž, jak bylo pověděno výše, v právu občanském, ale jistě také v oborech jiných, je velmi rozsáhlý a různorodý. Je to dále většině lidí vrozený sklon k přímočarosti a simplifikaci, snaha shrnouti poznatky k podpoře paměti, čímž pak snadno jednotlivosti unikají. A k tomu by bylo ještě připomenouti, že obsah vědomí se udržuje namnoze nápodobou. Většina žáků zná právo tak, jak jim je byl vykládal učitel, většina právníků aplikuje právo tak, jak je podávají nauka a rozhodnutí poslední doby.

Dalším důvodem je, že celá řada ustanovení se stává obsoletní. Právní případy, které náležejí pod to neb ono právní ustanovení, se přestaneu vyskytovat a to nejen přechodně, nýbrž odumírá prostě ona větev sociálního života, která je tím neb oním ustanovením regulována. Tím upadají ona ustanovení, jež se nepraktikují, pozvolna v zapomenutí. A leckdy toto zapomenutí jde dále, než by jiti mělo. Na př. některé právní poměry odumírají a s nimi se zapomíná na všechna ustanovení, která je regulovala, ačkoli je v nich leccos, co má ráz všeobecný a sahající přes meze oněch obsoletních ustanovení.

⁴²⁾ Novým § 615 bylo dáno vykládací pravidlo právě opačné, což by mohlo býti dokladem, že i zákonodárce neovládá vždy pohotově celého právního řádu. Několik dokladů tohoto zjevu jsem ostatně uvedl ve svých příspěvcích k reformovanému právu občanskému, uveřejněných porůznu v Právníku, ve Sborníku věd právních a státních a ve zprávách Pr. J. moravské.

⁴³⁾ Sr. k tomu Pfaff Zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung str. 20 sl. a pojednání citovaná v pozn. 48.

Konečně lze za důvod výše vzpomenutého zjevu označiti, že moderní právní řády jsou v některých částech obsoletní od počátku. Princip recepční přináší s sebou, že se vlečeme v moderních právních řádech s právními ustanoveními již zastaralými. K tomu není po tom, co bylo pověděno pod č. 7 o způsobu kodifikací, zajisté potřebí důkazů. Je však pochopitelné, že zastaralá ustanovení se v paměti nedrží.

13. Nesmíme arci souditi, že se obsoletní obsah zákonů a jejich obsah upadlý v zapomenutí kryjí. Leckdy se takový obsoletní obsah traduje velmi živě, zejména v nauce, někdy snad s vědomím, že jde o obsah obsoletní, jindy však mimo takové vědomí. Z druhé skupiny by snad bylo možno uvéstí possessorní ochranu proti prekaristovi, pokud bychom pojem prekaria vykládali s míněním panujícím, t. j. tak, že jde o smlouvu v podstatě shodnou s půjčkou, od níž se liší jen tím, že doba povoleného užívání není určena ani výslovně ani povahou onoho užívání.⁴⁴⁾ Romanistický tvar prekaria⁴⁵⁾ je jistě zastaralý a sociálnímu životu schází asi pochopení pro rozdíl mezi smlouvou, kterou bylo povoleno užívání po dobu určitou nebo se podávající z povahy povoleného užívání a smlouvou, kterou bylo povoleno užívání po dobu neurčitou (do odvolání) a pochopení, proč v prvním případě není chráněn possessorně poskytovatel užívání, když uživatel věci po odvolání nevrací, kdežto pak v druhém případě chráněn jest.

14. Výsledky, které se podávají z předcházejících řádek, jsou asi podobné, k jakým jsme dospěli, resumující pod č. 9. Když se pracuje o kodifikaci, snadno se vyskytnou lidé, kteří chtí horlivě vyplňovati mezery zákona seznané při jeho rozboru, jenž, jak bývá při rozhodování jednotlivého případu nebo při řešení speciální otázky, zhusta operuje s úzkou výsečí právního řádu, a zapomínají při tom, že i bez takového vyplňování mezer k zákonu, který má mezery, se pozvolna připojí interpretatio, jež mezery takové vyplní lépe než oni, ježto příliš detailní a kasuistický ráz nového zákona by se mohl státi překážkou vhodné interpretace.

⁴⁴⁾ Precarium v onom smyslu, jak je vykládá Schey O. V. I. str. 271 sl. jako usus, ex iure permissionis seu familiaritatis je jistě praktické, čehož dokladem jsou zejména různé tabulky: Průchod do odvolání, Cesta soukromá do odvolání atp.

⁴⁵⁾ O něm Schey na u. m. str. 237.

Vedle toho je vyplňování seznaných mezer prací hodnoty jen relativní. Neznáme mezer, které bude mít zákon v době vydání a tím méně ony, které bude mít nějakou dobu po vydání. Na nejvýše víme, ač, jak ihned bude pověděno, jen nedokonale, jaké mezery měl zákon v minulosti. Nedokonale proto, že se snad leckdy vidí mezera tam, kde jí ani není, ježto, jak jsme viděli, zákony obsahují ve svém současném vědomí právnickém málo běžném obsahu mnohé, co poslouží k výplni oněch domnělých mezer, takže pak jinaké vyplňování oněch mezer by mohlo býti příčinou nových antinomii.

Také snaha často se vyskytující zlepšovati zákon po stránce stilistické, systematické a p. není bez nebezpečství. Kdo by ji chtěl podniknouti s jakousi zárukou zdaru, musil by ovládati bezpečně nejen celý text zákona, nýbrž i celou k textu se pojící interpretaci. Kdo se zabýváví zevrubněji konkrétním právním řádem, vědí, jak často dobré rozhodnutí bylo možno dáti jen proto, že text zákona užil toho a nikoli jiného slova, v tom a nikoli jiném slovosledu, že užil té a nikoli jiné interpunkce, a jsou si tedy vědomi, že pranepatrné posuny v textu zákona způsobí třeba velmi značné změny v onom obalu, který kol tohoto jádra utvořila jeho interpretatio. Tedy jen ten, kdo plně a pohotově ovládá zákon i jeho interpretaci, mohl by se bez nebezpečství odvážiti zmíněných změn. Ale v té věci nelze, hledíc k tomu, co bylo pověděno výše, než býti skeptickým.

Nelze sice namítati nic proti tomu, aby sporné otázky byly rozřešeny novým textem. Ale z týchž důvodů, jaké byly právě uvedeny, nelze než varovati před tím, aby ze snahy po čisté práci byly rozhodovány jednak spory zastaralé nebo nepraktické nebo takové, které sice podle textu zákona snad trvají, ale kde si již vypomohla interpretace podobně, jako v případech, ve kterých shledala v zákoně mezery.

Konečně sluší šetřiti opatrnosti i při snaze odstraniti obsoletní obsah zákona a to, jak hledíc k neobsoletnímu obsahu ustanovení obsoletních, tak hledíc k tomu, že výše vyličený sklon k přímocnosti a simplikaci, jakož i nedostatečné poznání přítomné, by mohly spatřovati obsoletní ustanovení v takových, která jimi nejsou a vésti tak k ochuzení řádu právního.

15. Naše doba rozlišuje ostře mezi úkolem zákonodárcovým a úkolem vědy, vytýkajíc právem, že je věcí zákonodárcovou,

aby dával jen právní pravidla, kdežto pak určení právních pojmů definicemi i zevrubnějšími výklady, klassifikace, konstrukce a podobné poučky do zákona nenáleží.

Když se vydává nový zákoník, který by bylo nazvati novou kodifikací v technickém smyslu, t. j. zákoník, který se formálně odpoutává od zákonů starších, bylo by se jistě držeti těchto vět. Když se jen reviduje zákoník starší, bylo by podobné počínání málo nutkové a zase ne bez nebezpečství.

Ony definice na př.⁴⁶⁾ které obsahuje občanský zákoník, nikomu neškodí, a pokud jsou na sporu s jinakým textem zákona, byly na větším díle již dávno uvedeny na pravou míru. A nikdy nemůžeme říci, zdali v nich není přece více než pouhý výklad pojmu nenáležící do zákona.⁴⁷⁾ I rozmanité konstrukce, které má občanský zákoník, ač o některých nelze pochybovati, že jsou zcela pochybeny, lze snad bez obav přenést do nového textu. Také ony se leckdy objeví vhodnou pomůckou při výkladu zákona. I konstrukce tak chybná jako je konstrukce práv osobních, definovaných v § 15 a přesněji určených v marginálních rubrikách před §§ 16, 21, 24, 26, 28, 39, 40 a nyní i 43, poskytla dobrou oporu, když se diskutovalo o ochraně svobody a cti podle ustanovení práva občanského.⁴⁸⁾

16. Závěr těchto řádek může býti velmi stručný. Vracím se jím tam, odkud jsem vyšel. Byla-li učiněna textem chystané kodifikace práva občanského v Československu opatrná revise textu občanského zákoníka, učinil jsem pokus, upozorniti na některé modalitty této opatrnosti, nevyčerpávaje jistě ani z daleka celého thematicu.

⁴⁶⁾ Sr. o nich moje pojednání O funkci a významu definice v právní vědě v Pochů Ottově v p. 22 a na str. 237.

⁴⁷⁾ Mezi takové definice náleží na př. definice škody v § 1293 o. z.

⁴⁸⁾ Sr. E. Adler Die Persönlichkeitsrechte im a. b. G. B. Festschrift zur J. H. J. II. str. 163 sl. a Mauczka Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die „angeborenen Rechte“ tamtéž str. 229 sl.

K nauce o přičetnosti a trestnosti se zřetelem na trestní odpovědnost mládeže.

(Úryvek ze spisu „Dějiny a systém trestního práva mládeže“ pro tisk připraveného.)

Napsal profesor dr. Jaroslav Kallab.

I. Otázka přičetnosti mládeže.

(1. Spor škol o přičetnost. 2. Přičetnost mládeže. 3. Přičetnost a vina. 4. T. zv. zmenšená přičetnost.)

Otázka přičetnosti vede nás do samého středu sporů, které ještě do nedávna nepřekročitelnou propastí dělily od sebe obě hlavní školy trestního práva, totiž t. zv. školu klasickou a školu pozitivistickou. Nelze zde ovšem jen tak mimochodem hlouběji se pouštět do těchto sporů. Pro účely naše stačí vytknouti základní myšlenku rozdílu, o nějž v tomto sporu šlo, a zaujmouti k ní stanovisko.

Rozdíl mezi oběma školami z pravidla vidí se v tom, jako by klasická škola aprioristicky z axiomat vědecky neudržitelných své poznatky vyvozovala, kdežto pozitivistická škola k poznatkům svým dochází indukci z objektivně zjištěných fakt. Tak také v otázce přičetnosti klasická škola za kritérium přičetnosti pokládala svobodu vůle, již měla za apriorní předpoklad trestní odpovědnosti, kdežto pozitivistická škola uvědomujíc si faktické rozdíly mezi osobami trestných činů se dopouštějícími, v různé formulaci za kritérium pokládala schopnost dáti na sebe působiti obvyklým prostředkům trestním.

Zdá se nám, že hlavní příčina nekonečných sporů, jež k tomuto rozporu mínění se připínaly a jež ostatně byly ostřejší tam, kde šlo o základy názorů, než tam, kde šlo o prakticky upotřebitelné jejich důsledky,¹⁾ spočívala v nejasnosti co do problému, který tu jest řešiti. Otázka kladena z pravidla tak, jako by přičetnost a nepřičetnost byly stavy, jež objektivně bez ohledu na právní řád lze zjistiti. Jako by tedy tu právní řád jen popisoval určité skutečnosti nehodnotě jich a spor toliko o to šel, jak tyto skutečnosti pravdivě vystihnouti. Zvláště pozitivistická škola v tomto duchu hledala u lékařů a částečně i u pae-

¹⁾ Fuchs: Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung. (Lilienthal: Strafrechtliche Abhandlungen, H. 71.) str. 51. — Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. II. (1907) str. 13.

dagogů poučení o otázce přičetnosti. Tento postup byl ovšem metodicky pochybený. Vyplýval jednak ze stotožnění pojmu se zjevem, jednak z nejasnosti co do povahy pojmů normativních. Dokud si neuvědomíme, že pojem jest toliko k určitému účelu konstruovanou myšlenkovou zkratkou skutečnosti zjevu, dokud nám pojem a skutečnost splývají, velmi snadno propadáme omylu, že pojem берeme za věc, že jednou konstruovaný pojem zastupuje v našich myšlenkách věc i při úvahách, jež vzhledem k svému cíli zcela jiné konstrukce by vyžadovaly. Tak také pojem duševní choroby v medicíně jest konstruován k určitým účelům, i jest metodickou chybou, pojem tento přenášeti prostě do trestního práva, jež skutečnost posuzuje se stanoviska zcela jiného.²⁾

K tomu pak dlužno uvážiti, že pojem duševní choroby, jež nejčastěji tu trestní věda přejímala od jiných věd, sám zase není čistým popisem určitých skutečností, nýbrž že předpokládá hodnocení těchto skutečností se stanoviska praktických cílů, sledovaných medicínou. Jest tu pak na první pohled patrné, že sleduje-li trestní právo jiné cíle, než medicína nebo paedogika, nemohou pojmy těmito vědami vytvořené prostě býti přenášeny do práva trestního.

V tom směru metodicky správnější zdá se nám býti postup školy klasické. V konstrukci svobody vůle totiž nevidíme jen důsledek určitých náboženských a etických názorů, jimž se přičila myšlenka hleděti na lidské jednání jako na jakýkoliv jiný děj přírodní, nýbrž vidíme v ní především metodickou pomůcku, jak vytvořiti právní konstrukce, umožňující uskutečniti konečný cíl každého právního pravidla, totiž přiblížiti se ideji spravedlnosti. Máme-li totiž různé děje spravedlivě posuzovati, nutno je vzájemně srovnávati. Srovnání však není možno bez abstrakce, poněvadž dvou úplně stejných zjevů vůbec není. Musíme tedy, chceme-li dva zjevy srovnávati, klásti určitou část jejich znaků jako stejné, abychom si mohli uvědomiti rozdíly mezi těmi znaky, o něž nám právě jde. Tak srovnávajíce výšku, nehledíme k šířce a délce, tedy klademe zjevy vedle sebe tak, jako by jejich šířka a délka byly stejné a rozdíl byl jen v jejich výšce. Jde-li nám tedy v trestním právu o srovnání různých činů lidských, musíme

²⁾ Löffler: Vorschläge zum österr. Strafgesetzentwurfe (Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4. 1913. str. 45. n.) str. 48.

ostatní znaky dotyčného zevního děje klásti jako sobě vzájemně rovné. Tedy zvláště vše to, co v pachateli se děje, pokud právě to nemá přímého vztahu k úkolu, který jsme si vytkli, totiž k trestání jeho činu. Pokud pak trestní právo stojí na stanovisku odplaty za určité vnější změny, může přihlížeti a vzájemně srovnávati jen ony duševní stavy, jež přímo souvisejí se změnami, o něž tu jde. Klademe-li však ostatní duševní dění v pachateli trestného činu (vyjímajíc jeho úmysl a nedbalost) jako veličiny stejně vedle sebe, čili prohlašujeme-li, že k těmto ostatním znakům historického děje zločinu nebudeme přihlížeti, docházíme nutně k představě, jako by ony změny ve vnějším světě, o něž v trestním právu jde, poslední svou příčinu měly v osobě pachatelově, čili jako by jeho vůle nebyla ničím jiným určena, než jeho osobností, již ostatně se rovná všem ostatním lidem, čili jako by byla svobodná. Tak svoboda vůle není jen postulátem určitých náboženských a mravních názorů, nýbrž i postulátem určitého názoru právního. Totiž názorů, jenž trestně činy míní trestati bez ohledu na osobnost pachatelovu. Svoboda vůle tedy není skutečnost, již by bylo možno prostředky přírodní vědy zjistiti, nýbrž jest stručným výrazem určitých principů právních. Vyjadřujeť právě myšlenku, že v trestním právu se má postupovati bez ohledu na osobu a osobní osudy jednotlivého pachatele, že jen čin, jímž pachatel ve vnějším světě určitý škodlivý výsledek vyvolal, ospravedlňuje trest, který jen tehdy jest spravedlivý, nepřihlíží-li k ničemu jinému, než k činu samému.

To jest asi důvod, proč tento názor zvláště v osvícenské filosofii se uplatňoval a proč nacházel nadšených obhájců v době, kdy motivy náboženské i etické, jež tuto konstrukci podporovaly, pozbyly své účinnosti.

Konstrukce svobody vůle tedy není s právníckého stanoviska metodicky chybnou. Vystihuje správně stav práva, jak individualistickou reakcí proti staršímu stavovskému právu ku konci XVIII. století bylo vybudováno, totiž práva, jež lidskou individualitu hodnotí jako nejvyšší statek, a nechce ji míti omežovánu více, než jak ospravedlňují škodlivé vnější výsledky individuem přivoděné. Jinými slovy, princip svobody vůle není než principem občanské svobody a rovnosti, aplikovaným na trestní právo. Chybnou stala se konstrukce svobody vůle jen metodickou nejasností v tom spočívající, že konstrukce, jež měla zaručiti po-

užívání určitých právních principů, pojímána jako popis objektivní skutečnosti. Následkem toho metodického omylu hledala pak klasiická škola ve skutečnosti zjevy, jež by pojmu svobodné vůle podříditi mohla. Jest nemálo charakteristické, že tu klasiická škola dodělala se důsledků, jež od důsledků protichudné školy pozitivistické se podstatně nelišily.³⁾ Vidělat požadavek svobodné vůle z pravidla uskutečněný tam, kde bylo možno čin pojímati jako uplatnění individuality pachatelovy. Tak ve formulí přičetnosti obě školy nápadně se sobě přiblížily. Pro obě otázka přičetnosti byla substituována otázkou, zda a pokud čin možno pokládati za projev vlastní povahy pachatelovy, čili zda při svém činu pachatel byl činným podle své vlastní míry.⁴⁾ Proti této formulaci bylo právem namítáno, že pak i činy, jež brání nám trestati cit pro spravedlnost, bychom musili prohlásiti za činy osoby přičetné. Vždyť i choromyslný a idiot je činný podle míry své individuality a na druhé straně člověk inteligentní a mravný, dopustí-li se někdy trestného činu, musil by býti prohlášen nepřičetným, poněvadž právě neuplatnila se v činu jeho individualita. Proto právem Tarde⁵⁾ připojil k požadavku, aby čin byl výrazem osobnosti pachatelovy, požadavek „similitude sociale“, t. j. požadavek, aby pachatel neodlišoval se příliš od prostředí sociálního, v němž čin svůj provedl.

Právě tato „similitude sociale“ jest jen jiným výrazem pro občanskou rovnost, již ovšem Tarde chce zjistiti jako fakt, kdežto metodicky správně problem nezní, zda pachatel jest stejný se svým okolím, nýbrž problém zní, zda a kdy jest podle vládnoucích zásad právních možno s ním nakládati jako s člověkem, s ostatními občany stejným.

V postupném zatlačování názoru klasiické školy názory školy pozitivistické nelze tedy snad viděti vítězství skutečné vědy nad pověrou, nýbrž postupné seslabování oněch právních principů, na nichž státní společenství budovala Velká Revoluce, totiž principů svobody a rovnosti. Jak stát právní, jehož úkol se vyčer-

³⁾ Zucker: Über Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher (1899.) str. 9. — Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. vyd. 1911. str. 165. a 168. p. 1.

⁴⁾ Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1899.) str. 52. — Průšek: Rakouské právo trestní (1912.) str. 68. — Týž: O přičetnosti osob mladistvých a jich potrestání (1899.) str. 24.

⁵⁾ Tarde: Philosophie pénale (5. vyd. 1900.) str. 83.

pával v ochraně občanské svobody, ustupoval státu blahodějnému, sledujícímu praktické cíle třeba proti vůli občanů, tak musil se seslabovati princip svobody vůle a na jeho místo nastupovati princip účelnosti. Princip účelnosti pak ovšem nemohl již abstrahovati od individuálních růzností mezi lidmi, poněvadž právě tato různost byla rozhodná pro volbu trestních prostředků.

Tak v boji klasické školy se školou positivistickou neuplatňuje se jen věčný boj mezi idealismem a realismem, nýbrž — což pro právní úvahu padá ještě více na váhu — boj mezi dvojím nází-
ráním na stát, mezi státem právním a státem blahodějným.

Problém přičetnosti tedy nesmíme formulovati tak, že bychom se ptali kdy člověk jest nebo není svobodným, nebo že bychom se ptali, kdy jest nebo není účelno, proti člověku postupovati právě platnými prostředky trestními. Jako právní problém nutno otázku přičetnosti formulovati tak, že se ptáme, kdy individuum pokládáme ve smyslu právním za osobnost, t. j. za možný subjekt oněch práv a povinností, jež vymezeny jsou předpisy hmotného práva. To jest ovšem toliko formální formule přičetnosti. Materiální obsah její dán jest obecným stavem právním, t. j. stanoviskem, jež v dané době stát vůbec zaujímá ke svým občanům. Řešení problému pohybuje se pak vždy na linii, jejíž mezní body dány jsou na jedné straně úplnou svobodou individuí, na druhé úplným pohlcením individua ve státě. V prvním případě stát je prostředkem, jímž individuum sleduje své cíle, v druhém individuum prostředníkem, jímž stát své cíle uskutečňuje. Kyvadlo dějin s jakousi pravidelností pohybuje se pak mezi těmito oběma poly. Nalézti bod, kde v době konkrétního trestního zákoníku na této stupnici kyvadlo se nachází, je otázkou politickou, již abstraktně řešiti nelze.

Není tedy přičetnost ani filosofickou konstrukcí jakousi, ani přírodovědným pojmem. Jest to pojem právní,⁶⁾ stručné vyjádření norem právních, na to se vztahujících, zda a pokud individuum proti státu se pokládá za subjekt trestních práv.

2. S tohoto stanoviska jeví se nám otázka přičetnosti mládeže jako otázka, zda podle daných právních názorů poměr mezi státem a mladistvým individuem jest jiný, než poměr mezi státem a individuem dospělým. Abstraktně jest pak tu trojí možnost: buď

⁶⁾ Bar: Gesetz und Schuld, str. 32.

že stát mladistvé individuum pokládá, vůbec toliko za objekt určitých svých práv, nikoli za subjekt, jehož individuální občanskou svobodu by chtěl hájiti. V tom případě jsou pak mladiství vůbec nepřičetní, trestní právo vůbec proti nim uplatniti se nemůže. Nebo že stát i mladistvé individuum pokládá za subjekt občanské svobody, že je klade na roveň dospělému, třeba by právní následky jeho činu přizpůsoboval povaze a potřebám jeho mladistvého věku. Tu tedy odchylka mezi právem dospělých a mladistvých netýká se otázky přičetnosti, nýbrž otázky trestnosti. Nebo konečně že stát vidí v mladistvých zvláštní skupinu svých občanů, jejichž poměr řeší jiným způsobem, než tam, kde jde o dospělé. Jen v tomto případě možno mluviti o zvláštním trestním právu mládeže, otázka přičetnosti jen tu řešena je u mladistvých jinak, než u dospělých.

Toto schéma řešení otázky přičetnosti mladistvých ve skutečnosti komplikováno je otázkou další. Jen racionalistická konstrukce, jež byla základem teorie klasické školy, mohla proti sobě klásti toliko stát a individuum, jako by nebylo jiných sociálních svazků mimo stát. Ve skutečnosti právě během XIX. století stále naléhavěji po uznání se hlásily i jiné společenské svazky, i vzniká otázka, zda i svoboda těchto svazků není právním principem, jehož by stát měl šetřiti při konstrukci svého trestního práva. Nejnaléhavěji o uznání se tu hlásí nejnižší společenská jednotka, rodina. Hledí-li stát na mladistvého provinílece jinak, než na provinílece dospělého, jest jedním z hlavních momentů, jenž k tomu žene, skutečnost, že mladistvé individuum k rodině vázáno jest svazky, které v mnohém směru jsou s to, aby nahradily ty vztahy dospělého individua ke státu, jež právě trestním právem jsou normovány. Otázka trestního práva mládeže je tedy o to složitější, než otázka trestního práva osob dospělých, že tu proti státu nestojí jen individuum se svým nárokem na uznání své svobody a rovnosti, nýbrž i rodina se svým nárokem na uznání své vnitřní autonomie, již stát v zájmu své vlastní stability bude z pravidla šetřiti potud, pokud právě rodina proti svým mladistvým příslušníkům jest s to, aby plnila analogické funkce, jaké plní stát proti dospělým svým občanům. Dokud rodina jest s to, aby tyto funkce plnila, má ovšem stát v nepřičetnosti mladistvých prostředek, jak by je z vlastního svého oboru působnosti vyloučil a přenechal působnosti rodiny.

To bylo též stanovisko státu právního, když však rozklad rodinných svazků vedl k tomu, že jiné svazky, než rodina, především stát sám, převzaly proti nedospělému práva a povinnosti rodiny tu v míře větší, tu v míře menší, stal se problém přičetnosti mládeže složitější. Tu totiž teprve místo alternativy přičetný : nepřičetný nastupuje trichotomie : přičetný : výchovy potřebný : nepřičetný. Ona druhá možnost, jež někdy, ač zcela nevhodně, bývá označována jako zmenšená přičetnost, jest tedy výrazem právního stavu, v němž stát proti individuu neosobuje si již jen, jako stát právní, právo a povinnost k ochraně jeho svobody, nýbrž kde stát, stav se státem blahodějným, plní určité další úkoly, v našem případě úkoly, jež doposud plnila rodina na základě své vnitřní autonomie, totiž úkoly související s výchovou mládeže. Tím teprve vzniká stav, při němž na mladistvé nutno hleděti jako na zvláštní skupinu občanů, totiž občanů, proti nimž stát má nejen práva a povinnosti trestním právem normované, nýbrž i práva a povinnosti, jež stručně můžeme označiti výchovnými.

Zákonodárně technicky možno pak tuto myšlenku, totiž vzájemné vymezení těchto tří skupin mladistvých, provéstí dvojím způsobem: Buď, že se po příkladu občanského práva, jež ve svých předpisech o moci vrchnoporučenské jest východiskem oněch právních útvarů, jež státu proti mladistvému poskytuje práva quasi rodinná, volí určité pevné věkové sazby a že se ony vlastnosti, jež tvoří faktický poklad oněch práv a povinností praesumují. Praesumpce tato pak může býti vyvratitelná nebo nevyvratitelná. V tomto případě pak, kdy nepřičetnost mládeže konstruována je jako praesumptio juris et de jure, stačí pouhé zjištění věku, aby se rozhodlo zařazení mladistvého do některé z těchto tří skupin. Má tedy tato technika výhodu, snadné upotřebitelnosti, tak že ji i méně kvalifikovaný soudcovský materiál může ovládati, dále pak výhodu průzračnosti, jež snadno vzbuzuje dojem právníkové přesnosti a nedává vzniknouti pochybám o nestrannosti rozhodování. Nevýhoda této techniky však spočívá v tom, že jako každá praesumpce vypočtena jest jen na případy průměrné, takže se stává neupotřebitelnou tam, kde jasnější názor v životní poměry, o něž jde, dává pocítovati vnitřní nespravedlivost rozhodování, jež připínajíc se ke znaku zcela zevnímu a nahodilému, pomíjejí rozdíly mnohem závažnější.

Proto přechází se od techniky praesumpce nevyvratitelné k praesumpci vyvratitelné. Jest zajímavou kapitolou z dějin trestního práva, jakými momenty v které době praesumpce nepřičetnosti mládeže mohla býti vyvrácena. Nejstarší formou takové eksepce byla zásada *malitia supplet aetatem*. Pud po pomstě ještě v národě živý prolamuje tu při činech zvlášť ohavných praesumpci nepřičetnosti mládeže. Racionalism XVIII. století hledá moment, jenž by ospravedlňoval postavit mladistvého v jeho trestněprávních vztazích na roveň dospělému, v rozumové schopnosti mladistvého, tak totiž, že praesumpce nepřičetnosti vyvrácena býti může důkazem, že mladistvý co do rozumových svých schopností (*discernement. Unterscheidungsvermögen*) stojí na rovní osobě dospělé. Nedostatečnost tohoto momentu stávala se tím citelnější, čím více v blahodějném státě XIX. století se uplatňovala myšlenka účelnosti. Také prohloubení psychologických vědomostí, jmenovitě zamítnutí učení o samostatných duševních silách vedlo asi k tomu, že vedle intelektuální dospělosti kladen důraz také na vyspělost mravní.

V teoretických sporech, rozvinuvších se kolem otázky, jak vymeziti tuto eksepce proti praesumované nepřičetnosti mládeže, dlužno vytyčiti jedno stanovisko, jež jako málo jiných je pádným důkazem pro metodickou nejasnost v celé této otázce zavládnuvší. Je to myšlenka, že má-li důkaz o duševní vyspělosti býti součástí právního řádu, musí se vztahovati na schopnost, právní význam činu pochopiti, a jednání své podle právních norem zařídit.⁷⁾ V tomto názoru způsobem velmi charakteristickým smíšena jest myšlenka správná s myšlenkou hraničící na naivnost. Podkladem tohoto učení jest správná myšlenka, že přičetnost není psychologickým pojmem, nýbrž pojmem právním. Naivnost spočívá v domněnce, že eksepce přičetnosti stane se právním pojmem, bude-li přičetnost posuzována podle schopnosti uvědomiti si právníký význam činu. Přehlíží se tu, že kvalifikace pojmu jako pojmu právního nezávisí od jeho obsahu, nýbrž od jeho formy, od způsobu, jak jest konstruován. Konstrukce schopnosti uvědomiti si protiprávnost činu a jednání své podle toho poznatku zařídit, jest stejně psychologická, jako kterákoliv jiná konstrukce této eksepce, dokud si neuvědomuje, že touto

⁷⁾ Fuchs: Problem, str. 24. — Gretener: Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (1897.) str. 123. n.

konstrukci nechceme popisovati určitý psychický stav, nýbrž že jí chceme stručně vyjádřiti určité právní normy. Normu totiž, že dány-li ony skutečnosti, jež tvoří obsah této konstrukce, nastávají určité právní důsledky. Jen cíl, jehož konstrukci v oboru právním chceme dosáhnouti, činí z ní právní konstrukci, nikoli nahodilá okolnost, že za skutkovou podstatu, s níž určité právní následky spojujeme, býváme fakt psychického vztahu pachatele k právnímu životu. Nelze tedy požadavek, že pachatele pokládáme za příčetného tehdy, je-li s to, aby si uvědomil protiprávnost svého činu a podle toho jednal, odůvodňovati tím, že jiná konstrukce by byla neprávnícká, nýbrž jen tím, že vystihuje právě ony duševní schopnosti, jež ospravedlňují, abychom poměr mezi mladistvým pachatelem a státem řešili stejně, jako u pachatele dospělého. S toho stanoviska pak nutno konstrukci častěji citovanou prohlásiti za méně účelnou. Požadujeť na jedné straně příliš mnoho, na druhé příliš málo. Příliš mnoho požaduje proto, že také velká část dospělých, o jejichž příčetnosti nebudeme pochybovati, prožije svůj věk, aniž nabude jasnějšího názoru na to, co po právu jest a není dovoleno, a aniž dosáhne oné ideální pevnosti charakteru, aby dovedla činy své ovládati rozumovým svým chápáním. Požaduje příliš málo, poněvadž pochopení pro právní vztahy, i jakási opatrnost, bránící tomu, abychom jednali proti předpisům, může býti výsledkem zcela nahodilých životních poměrů, a získána mnohem dříve, než bychom individuum pokládali za tak vyspělé, abychom s ním nakládali jako s dospělým svým spoluobčanem.

Proto čím dále tím naléhavěji o uznání se hlásí jiná konstrukce této ekcepce. Za kritérium příčetnosti se bere na jedné straně vnímavost proti obvyklým prostředkům trestním, na druhé schopnost dáti se vychovati obvyklými prostředky výchovnými. Tato konstrukce nese na sobě patrné stopy utilitaristického chápání trestních prostředků, jaké se uplatňovalo ve škole pozitivistické. Přehlíží se při obou těchto konstrukcích na jedné straně, že trestní právo na rozdíl od medicíny a paedagogiky nesměruje jen k účinkům, jež v osobě pachatelově by nastaly, nýbrž sleduje cíle sociální, jichž často dosáti lze i tam, kde v osobě pachatelově nenastane podstatnějších změn, aneb aspoň změn, jež by jej osobně činily sociálně lepším. Za druhé pak přehlíží se, že trest a výchovné opatření se vzájemně nevylučují, a že by bylo

smutným vysvědčením pro techniku vězeňskou, kdybychom ji prikazovali případy, v nichž nelze již příznivých účinků očekávat. Ostatně i kdybychom připustiti ohtěli u mladistvých osob, že se vyskytují častěji případy naprosté neschopnosti k výchově, což popíráme, bylo by to jen důvodem k určité úpravě trestních následků činu. Neodůvodňovalo by však o sobě úpravu otázky přičetnosti.

Máme za to, že rozhodneme-li se pro techniku vyvratitelné praesumpce v otázce přičetnosti mladistvých, můžeme eksepce formulovati jen jako onen stav tělesné, duševní i mravní vyspělosti, jímž výjimečně mladistvý celým svým způsobem života stojí na rovní osobě dospělé. Proti tomu nelze namítati, že při analogickém právním ústavu práva soukromého, totiž při propuštění z moci otcovské a prominutí věku přihlížíme především ke schopnosti sůkromoprávní, zvlášť majetkové své právní poměry samostatně spravovati. Že tedy analogicky v trestním právu za dospělého bychom měli pokládati toho, kdo v trestních vztazích, tedy pokud jde o vnímavost proti trestu, jest dospělým. Tato námitka by přehlížela, že trest jest již právním účinkem určitého jednání. Že pak toto jednání v ohromné většině případů se podniká zcela bez ohledu na tento právní účinek, a že se vztahuje na nejrůznější vztahy životní, jež zapadají stejně do okruhu práva soukromého, jako do různých okruhů práva veřejného. Trestní právo jest právě druhotným útvarem právním, jenž předpokládá již soustavu norem život přímo regulujících. Jen o vztah k těmto prvotním normám může jíti při posuzování přičetnosti mládeže.

Že tu věkovou mez plné dospělosti klademe z pravidla do nižšího věkového stupně, než sůkromoprávní zletilost,⁵⁾ jest odůvodněno tím, že trestní právo právní účinky spojuje jen s nejhrubšími poruchami vztahů společenských, že tedy předpokládá mnohem hrubší pochopení těchto vztahů, než právo sůkromé, nebo dokonce právo veřejné v těch případech, kdy dosažení určitého věkového stupně jest podmínkou určitých aktivních práv politických, jako práva volebního, a zvláště práva býti volenu do korporací zastupitelských.

Technicky myslitelný je ovšem také opačný postup při normování přičetnosti mládeže. Totiž, že se předpokládá přičetnost,

⁵⁾ Fuchs: Problem, str. 190. — Vidal: Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire (4. vyd. 1911) str. 208.

proti níž však v určitém věkovém období se připouští eksepcce nepřičetnosti. Jest to stejný postup, jakého trestní právo z pravidla šetří i u dospělých, u nichž také předpokládá přičetnost, připouští však důkaz, že v daném případě jest přičetnost vyloučena.

Tato forma pak zase myslitelná jest ve dvou odrůdách: totiž, že podmínky nepřičetnosti u mladistvých stejně jsou vymezeny, jako u dospělých. Tu tedy není přičetnost mladistvých jinak řešena, než u dospělých, a jediná úchylnka jest tu procesuální, totiž že soud v každém jednotlivém případě z moci úřední k možnosti této eksepcce musí přihlédnouti. Za platnosti zásady pravdy materiální nemá tento rozdíl téměř vůbec významu, a udržuje se v trestních zákonících jen proto, že mimotrestní účinky rozsudku osvobozujícího bývají jiné, nastane-li osvobození pro nepřičetnost u dospělých, nebo u mladistvých.

Ridší jsou případy, že by eksepcce nepřičetnosti u mladistvých jinak materiálně byla formulována, než u dospělých, že by tedy znamenala materiálně právní privilej mládeže. S názvem nepřičetnosti tu z pravidla nebývá spojován tentýž smysl, jako u dospělých, totiž že by stát vůbec trestní právo své proti těmto mladistvým nemohl uplatniti. Z pravidla volí se tato technika k tomu, aby nemusil stát proti mladistvému vždy používati pravidelných prostředků trestních. Vystupuje tu tedy ve formě a s názvem nepřičetnosti předpis týkající se trestnosti mládeže. Této techniky používají právní řády, dokud se neodhodlají pojeti do soustavy svých trestních opatření trestní prostředky mladistvému věku přiměřené.

3. Hledíme-li na přičetnost jako na právní schopnost, odpovídá za trestné činy, a nikoliv, jak obvykle se děje, jako na určitý psychický stav, ježž metodami přírodní vědy by bylo lze zjistiti, usnadňuje se nám řešení dvou otázek, jež též v trestním právu mladistvých zaviniy nejednu nejasnost. Míjíme otázku po poměru mezi přičetností a vinou, a otázku po t. zv. zmenšené přičetnosti.

Ti, kdo nepřičetnost směšují s určitými duševními stavy, jež z pravidla zákonodárci bývají motivem, aby osoby jimi postižené z oboru působnosti trestního práva vyňal, docházejí snadno k mínění, že čin, jehož se dopustí osoba nepřičetná, jest se stanoviska

práva trestního. čímsi zhola bezvýznamným „ein strafrechtliches Nichts“.⁹⁾ Z toho pak vyvozují důsledky, zvláště pro otázku trestnosti spoluviný a účastenství.

Ve zcela jiném světle zjeví se nám tyto otázky, hledíme-li na přičetnost jako na právní schopnost, odpovídati za trestné činy. Tu totiž pak jest patrné, že otázka přičetnosti nebo nepřičetnosti nám nastává teprve tehdy, máme-li před sebou skutečnost, jež by mohla býti trestným činem. Jinými slovy: skutková podstata trestného činu teprve tím se stává činem trestným, možno-li ji nějakému subjektu přiřítati, čili je-li zjištěna přičetnost osoby, jež skutkovou podstatu tuto přivodila. Poněvadž pak v nynějších trestních právech skutková podstata trestného činu neobsahuje v sobě jen určitý vnější děj, nýbrž i určitý psychický proces v osobě subjektu, musíme tvrditi, že dříve, než se ptáme po přičetnosti, musíme míti zjištěno, zda nejen vnější, t. zv. objektivní znaky skutkové podstaty, nýbrž i zda vnitřní, t. zv. subjektivní znaky jsou dány.¹⁰⁾ Psychický vztah subjektu k vnějšímu zločinnému výsledku nazýváme pak vinou, a rozeznáváme zásadně dvoji formu viny: úmysl a nedbalost.

Při tomto pojmání věci jest na první pohled patrné, že určitá forma viny může býti dána i tam, kde se nedostává přičetnosti.¹¹⁾ Vždyť abychom si v konkrétním případě otázku přičetnosti položití mohli, musí býti zjištěno, že nejen vnější děj, nýbrž i forma viny pro určitý trestný čin zákonem požadovaná v daném případě jest dána.

V běžné mluvě právnícké ovšem si toho vždy nepřipomínáme. Mluvíme-li totiž o vině, máme na mysli již případ, že určitý psychický vztah subjektu k výsledku jest dán u subjektu přičetného. Počítáme totiž s tím, že zákon zásadně každého pokládá za při-

⁹⁾ Lillenthal: Zurechnungsfähigkeit (Vergl. Darstellung des deut. u. ausl. Strafrechts. Allg. T. V. Bd. str. 1. n.) str. 6.

¹⁰⁾ V tom, tuším, spočívá rozdíl mezi nepřičetností a t. zv. osobními důvody trestnost vylučujícími, jako stavem nouze, nebo příbuzenským poměrem podle § 216 tr. z. Při stavu nouze nedostává se skutkové podstaty, poněvadž chybí protiprávnost jednání, v ostatních případech je již skutková podstata trestného činu vymezena tak, že určité osoby ji nemohou uskutečniti.

¹¹⁾ Tak, pokud jde o civilní právo Heinsheimer: Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des. bürgerl. Gesetzbuches (Archiv für civil. Praxis 95. NF. 45. 1904. str. 234. n.), kde ovšem na str. 243. připouští možnost, že by v trestním právu se mohly věci míti jinak.

četného, a zná jen určité, poměrně řídké případy nepřičetnosti. Proto hledíme na formy viny jako na pojmy normativní, t. j. jako na myšlenkové zkratky určitých norem právních. To však jest právě již důsledkem stavu, že případy, kde forma viny se vyskytuje u nepřičetného, jsou tak řídké, že prakticky možno je pominouti. Jen proto, že běžná mluva i právnická tuto složitou myšlenku vkládá do slova „vina“, zdá se nám rčení „vina bez přičetnosti“ čímsi protismyslným.

Právě však v případě přičetnosti mladistvých osob nabývá ono rozlišení mezi přičetností a vinou praktického významu. Tu třeba si uvědomiti, že přičetnost je pojmem normativním, t. j. zkráceným vyjádřením normy, připouštějící trestání, kdežto vina je pojmem eksplikativním, popisujícím psychický stav pachatele trestného činu. Jde tu stejně o popis určitého psychického zjevu, jako ve vnějších znacích zločinu popisujeme určité fyzické dění. Nejde tu o normy, nýbrž o součástky norem, skutkovou podstatu, o eksplikativní prvky, z nichž sledující určité cíle, tvoříme normy.

Že skutečně formy viny i u nepřičetného jsou možné, setká se s nejmenšími poměrně pochybnostmi tam, kde jde o dolosní delikty komisivní. Že totiž i choromyslný, slabomyslný, i dítě může určitý výsledek si představit a proň se rozhodnouti, nemůže býti pochybno. Případy, že by duševní choroba a vývojový nedostatek dostoupily takového stupně, že by tyto duševní stavy byly vyloučeny, naskytne se asi jen v případech, která shrnujeme názvem bezvědomí. Tam však, kde vědomí jest již, nebo ještě dáno, jest také dána možnost představ i vůle, a tím i možnost úmyslu. Že tyto představy budou velmi často chybné, že vůle bude tu velmi často ovládána hodnocením, uchylujícím se od průměrného hodnocení, jest již otázka zcela jiná. Pro nás důležité jest jen, že i u nepřičetného jest myslitelné, že výsledek si představil a proň se rozhodl, čili že jednal úmyslně, třeba by následkem jeho nepřičetnosti tento úmysl mu stejně nemohl býti právnicky přičítán, jako se mu pak nepřičítá vnější děj tímto duševním stavem přivoděný.

Složitější jest věc v případě deliktů omisivních a deliktů kulposních. Tu totiž věc je o to složitější, že skutková podstata nevyčerpává se pouhým popisem vnějšího a psychického dění, nýbrž že vymezena jest hodnocením tohoto dění se stanoviska určité porušené povinnosti. Tak omisivní delikty spočívají právě

v tom, že určitá skutečnost, jež nastati měla, nenastala, delikty kulposní pak v tom, že určitý stupeň dbalosti a opatrnosti nebyl vynaložen. To pak ovšem zdá se na první pohled, jako by u nepřičetného nemohl nastati případ, že by právě určitý vnější výsledek přivoditi měl, anebo že by za daných okolností určitý stupeň dbalosti a opatrnosti byl měl vynaložiti. Tento dojem však vzbuzen jest právě jen obvyklým způsobem nazírání na nepřičetnost, jako na určitou psychickou vadu, čili že mluvíme-li o nepřičetnosti, máme obyčejně na mysli krajní případy duševních chyb, tak těžkých, že vůbec o nějaké povinnosti subjektu jimi postiženého nemůže býti řeči. Tento dojem však se ztratí, uvědomíme-li si, že přičetnost a nepřičetnost jsou pojmy trestního práva, vystihující normu o přípustnosti nebo nepřípustnosti trestání. Momenty, jež odůvodňují, aby stát svůj poměr k určitému individuu v trestním právu řešil jinak, než k individuíům ostatním, aby se totiž vzhledem k němu vzdal svého nároku trestního, závisí od zcela jiných často okolností, než jsou ony, jež předpokládají normy, proti nimž míří delikt omisivní nebo kulposní. Již nahoře jsme se zmínili, že jsou případy, kde je sice již dána plná trestní odpovědnost, není však ještě dána plná způsobilost k jednání v obru soukromého práva, nebo dokonce v obru práva státního. Jsou však myslitelné případy opačné, že totiž subjekt uznává se za způsobilý, aby odpovídal za určité povinnosti, aniž jej pokládáme za způsobilý, aby odpovídal před trestním právem. To zvláště tam, kde opomenutí anebo nedbalost spočívají v porušení norem, jež nejsou pozitivním právem formulovány, nýbrž jež mravem toliko jsou uznány. Tak jsou nepochybně povinnosti, jejichž nedbání i desítiletý hoch může způsobiti, delikt omisivní, a předpokládáme v obvyklém běhu života, že týž hoch již má dbáti určitého stupně opatrnosti, takže i o nedbalosti, kulpě při něm můžeme mluvit, třeba by nešlo o kulpu trestnou se stanoviska práva trestního.

Třeba by takto dané skutečnosti nemohly býti pro nepřičetnost pachatelovu trestány, nemusí býti pro trestní právo zcela bezvýznamnými. Neboť nepřičetnost pachatelova se nám tu jeví jako osobní důvod privilegující, při němž marně se ohlížíme po důvodu, proč bychom jej měli vztahovati i na spoluvinníka a na účastníka. Jest tedy velmi nepřesné, praví-li se, že spoluvinník osoby nepřičetné

může býti stíhán jen jako nepřímý pachatel.¹²⁾ Jest to opět důsledek častěji vytýkaného omylu směřujícího nepřičetnost s určitými psychickými poruchami. Pojmy nepřímého pachatelství a spoluviny na činu nepřičetného se nikterak nekryjí, nýbrž jsou k sobě v poměru dvou se protínajících kruhů. Nepřímým pachatelem jest spoluvinník nepřičetného jen za stejných podmínek, za nichž se jím stává i u přičetného: totiž tehdy, použije-li ho jako svého nástroje tak, že v mysli hlavního pachatele nenastanou ony psychické stavy, ona forma viny, již dotyčná skutková podstata předpokládá. Že u nepřičetného jest z pravidla věci snažší dosáhnouti touto cestou žádaného výsledku, než u dospělého přičetného, u něhož nepřímý pachatel by musil již zcela zvláštní konstelace okolností využití, aby jej buď násilím, nebo lstí jako svého nástroje použil, jest otázka zcela jiná. Ale možnost nepřímého pachatelství tam, kde hlavní pachatel by byl jinak přičetný, nelze vyloučiti stejně, jako nelze u nepřičetného hlavního pachatele vyloučiti možnost jiné formy spoluviny. Bylo by přece jen hrubou fikcí, kdybychom chtěli mluvit o nepřímém pachatelství tam, kde prohnáný devítiletý hoch se nabídne dospělému, že se vloupá do uzamčeného sklepa a kde dospělý přistoupiv na tuto nabídku hlídá na rohu ulice. Opět jest otázkou zcela jinou, nebudeme-li případ takové spoluviny trestati přísněji, než jiné případy.

4. Druhá otázka, jejíž řešení nám, jak za to máme, náš pojem přičetnosti valně usnadní, jest otázka t. zv. zmenšené přičetnosti.

Když pozitivistický směr trestního práva odvrhnuv jako nevědeckou konstrukci přičetnosti klasické školy o svobodu vůle se opírající, hledal pojem přičetnosti v okrsku poznatků medicinských a pedagogických, viděl s jakýmsi překvapením, že poměr mezi stavy,

¹²⁾ Tak zvláště Motiv y k rak. zákonu o trest. právu mládeže, příl. 570. posl. sněm. 22. zas. 1917, str. 23., jako ostatně již Erl. Bemerkungen zum Entwurf eines österr. Strafgesetzes, str. 15. — Správně: Lilienthal: Vergl. Darst. V. str. 107. n. a lit. tam uvedená, ač nesouhlasíme s ním, pokud právě z tohoto důvodu nechce uznati nepřičetnost dětí. Lépe v tomto směru Bar: Gesetz u. Schuld, str. 6., ač za to máme, že nepřičetnost dětí není presumována, nýbrž založena zákonem. Poněvadž tu jde o zásadní otázku teorie přičetnosti, nepokládáme účelným, aby zákon stanově nepřičetnost dětí, výslovně vytkl, že se beztrestnost nevztahuje na spoluvinníky a účastníky, jak navrhovala osnova německé skupiny I. K. V. v. Appellius: Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder (1892.) str. 56.201.

jež byl nakloněn označovati jako přičetnost, a stavy, jež nepřičetností mnil označiti, není poměr antithesy, nýbrž poměr kvantitativní; že totiž možno duševní stavy od plné přičetnosti k plné nepřičetnosti seřaditi ve stupnici, jež nikde nemá ostré, kvalitativní přervy. Jsou stavy, jež bez váhání označíme jako přičetnost, a jsou jiné, při nichž nebudeme pochybovati o nepřičetnosti, jsou však též stavy, ležící mezi těmito extrémy, při nichž budeme velmi na váhách, ke které skupině je máme přičísti. Tu pak nejdříve psychiatrie, po ní pak i teorie trestního práva počala mluvit o pochybné, či snížené přičetnosti a počítala sem zvláště případy osob mladistvých, jež vyrostly již sice z prvního dětství, nedosáhly však ještě všech duševních schopností osob dospělých.¹³⁾ Tento pojem zmenšené přičetnosti pak zdál se mnohým velmi pohodlnou pomůckou, jak „právnícky“ odůvodniti zjev, že u mladistvých pozitivní právo i obecné cítění právní se spokojují z pravidla s mnohem mírnějšími tresty, než u dospělých za stejný jinak čin bychom uložili. Nezdá se býti nic samozřejmějšího než zásada: snížená přičetnost, snížený trest.¹⁴⁾

A přece při podrobnějším rozboru se nám učení o zmenšené přičetnosti zvláště u osob mladistvých zjeví jako právníká nemožnost. Fakt, že ve skutečnosti nejsou dvě úplně rozličné skupiny lidí: lidé úplně duševně zdraví a lidé naprosto nemocní, nýbrž, že skutečnost nás učí, že každé individuum můžeme zařaditi na stupnici, již si myslíme od jednoho stavu ke druhému, na stupeň, tu více se blížíci jednomu extrému, tu druhému, dlužno uznati za nepochybný: stejně nepochybné však jest, že nelze si mysliti stav, jenž by ležel mezi přičetností a nepřičetností. Vždyť přičetnost a nepřičetnost nejsou popisy určitých psychologických nebo psychiatrických skutečností, nýbrž jsou to stručně vyjádřené právní normy, že v určitých případech soudce

¹³⁾ Dějiny a literaturu tohoto speru v. Bar: Gesetz und Schuld. str. 37.

¹⁴⁾ Proti tomu Liszt: Lehrbuch, str. 162. p. 1.: Die Zurechnungsfähigkeit ist Schuldfähigkeit, nicht Straffähigkeit. — Podobně Finger: Zur Frage des Einflusses des Alters auf die Strafbarkeit nach öster. Rechte, und nach dem Entwurf (Gerichtssaal 49. 1894. str. 202. n.) str. 211.: geminderte Zurechnungsfähigkeit kann nur als Schuld ausschließungsgrund, nicht als Strafprivilegierungsgrund angesehen werden. — Srv. i. Průšek: Přičetnost, str. 120. — Proti tomu ještě Hippel: Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw. 32. 1911. str. 99. n.) str. 123, 133.

může, v jiných nemůže proti individuu použití norem práva trestního. Mezi tímto „může“ a „nemůže“ není pak přechod myslitelný, není tedy také myslitelná „zmenšená přičetnost“.¹⁵⁾

Co tímto nevhodným výrazem mělo být vyjádřeno, mohlo být dvojí: buď zmenšená trestnost, nebo omezená přičetnost.

Hlavní pohnutka, jež vedla ke konstrukci zmenšené přičetnosti, byla kriminálně politická úvaha, stavějící se proti tomu, aby mladistvý pachatel byl trestán těmitéž prostředky trestními, jako pachatel dospělý. Abychom však právnicky odůvodnili, proč proti mladistvým používáme snad jiných prostředků trestních, než proti dospělým, k tomu konstrukce zmenšené přičetnosti nepotřebujeme, ani nám tu ničeho nemůže pomoci. Nepotřebujeme jí proto, že, jak ještě v následující kapitole blíže vyložíme, otázka trestnosti nemá s otázkou přičetnosti vůbec nic společného. Nemůže nám pak pomoci při právnickém výkladu odchylek v trestání proto, že dříve, než si položíme otázku, jak máme trestati, musíme mítí rozřešenu otázku, zda vůbec smíme trestati, tedy i od pravidelné trestnosti odchýlná trestnost předpokládá plnou přičetnost. Směšovati tedy otázku snížené trestnosti s otázkou snížené přičetnosti svědčí o nedostatku pochopení obou těchto pojmů.

Právnicky možná je druhá konstrukce, totiž, že (třeba nevhodným) názvem zmenšené přičetnosti vyjadřujeme právní normy na to se vztahující, že mladistvé osoby nečiníme ve stejné míře odpovědnými, jako osoby dospělé, že tedy na př. je stíháme jen za dolosní delikty komisivní, nikoliv však za delikty omisivní, nebo kulposní, nebo, při hrubším rozlišování, že je stíháme za zločiny, nestíháme je však za přečiny nebo přestupky. Zda podobné normy jsou kriminálně politicky účelné, nás tu nezajímá; jde nám jen o to, že bychom tu mohli mluvit o zmenšené přičetnosti asi ve stejném smyslu, jako v občanském právu mluvíme o omezené způsobilosti k právním činům. Tu však zase výraz „zmenšená přičetnost“ může věc jen zatemnit. Nejdeť tu o nějakou zmenšenou přičetnost, ony osoby nejsou snad méně za své

¹⁵⁾ Proti pojmu zmenšené přičetnosti v. zvl. Fuchs: Problem str. 146. Greten er: Zurechnungsfähigkeit, str. 168., Kahl: Verhandlungen des 27. D. J. T. I. str. 217: Die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit setzt Zurechnungsfähigkeit voraus. — Prušák: Přičetnost, str. 121 p. 1. a týž: Rak. právo trestní, str. 70.

činy odpovědné, ony jsou jen odpovědné za určitě vymezené trestné činy, za ty však jsou zcela odpovědné, či vzhledem k nim jsou zcela přičetné, kdežto k ostatním jsou zcela nepřičetné.

Od této t. zv. zmenšené přičetnosti jest lišiti onu potřebu výchovy, již jsme nahoře (str. 66.) položili vedle přičetnosti a nepřičetnosti. Není to třetí stav, jenž by tu byl vedle přičetnosti a nepřičetnosti, nýbrž stav, jenž na určitém stupni vývoje se v trestním právu uznává jako moment, který stejně se spojuje s přičetností jako s nepřičetností. Kdežto přičetnost a nepřičetnost vyjadřují právní normy, že soudce může nebo nemůže proti pachateli trestného činu použití norem práva trestního, vyjadřujeme kategorií osob výchovy potřebných ty, proti nimž výchovná moc státu se má uplatniti. Záleží pak na úvahách, k nimž přihlédneme v následující kapitole, zda této myšlence se vyhoví tak, že pachatel trestného činu se pokládá za nepřičetného a stát proti němu použije výchovné své moci stejně, jako kdyby se nebyl trestného činu dopustil, či zda jej pokládá za přičetného a tedy trestného a výchovné své moci použije k tomu, aby trest vykonal ve formě výchovného opatření, čili nahradil pravidelný trest výchovným opatřením.

I uznáváme-li tedy zvláštní skupinu mladistvých pachatelů trestných činů, kteří jsou výchovy potřební, nestavíme tím proti přičetnosti a nepřičetnosti třetí stav, nýbrž členíme jen dále buď osoby přičetné, nebo nepřičetné, nebo obě tyto skupiny v osoby výchovy potřebné a ty, proti nimž stát nemá podnětu, aby použil svého práva výchovného.

II. Otázka trestnosti mládeže.

(1. Trest odplatný, probace a reformace. 2. Trest a správní opatření. 3. Trest a opatření vrchnoporučenské. 4. Spojování trestu s opatřením správním a vrchnoporučenským. 5. Kvalitativní a kvantitativní úchytky při trestání mládeže.)

1. Ukázali jsme nahoře, že učení o svobodě vůle jako podkladu přičetnosti se udrželo v trestním právu dlouho potom, kdy náboženské a mravní motivy, jež je podporovaly, pozbyly na své účinnosti, a že se udrželo asi proto, že jako formule abstraktní vědy právní umožňovalo uplatniti v trestním právu myšlenku

občanské svobody a rovnosti, na níž budován nový společenský řád. Neboť učení toto, abstrahující ode všech ostatních znaků reálného zjevu zločinu mimo jediný, že právě jeho subjektem je mravní bytost, odvracelo zraky právníků od rozdílů, jež dosavadní stavovský řád mezi pachateli trestných činů činil, učilo je respektovati i v provinilci občana.

Důsledkem této metody vyzvedávající jediný znak reálného zjevu k tomu účelu, aby právě myšlenkové důsledky tohoto momentu mohly býti sledovány, byl i klasický názor na trest. Setkáváme se tu s analogickým postupem, jakého šetřila v téže asi době klasická škola národohospodářská. Jako tato chtěla vystopovati zákony ovládající hospodaření, vyzvedla z momentů, jež na reálném zjevu hospodaření můžeme zjistiti, jediný znak, totiž osobní zjištnost hospodařícího subjektu, tak i klasická škola trestního práva ze všech momentů, jež na reálném zjevu trestu zjistiti můžeme, zdůraznila jediný, totiž moment odplaty. Jest pak moment odplaty jako charakteristikon právního účinku trestného činu produktem podobné abstrakce, jako moment svobody vůle, základ to přičetnosti ve smyslu školy klasické. Jako totiž jsme ukázali, že svoboda vůle jest tu jen výsledek myšlenkové operace, jež za účelem srovnávání nechává nepovšimnuty všechny momenty až na ten, že pachatel je příčinou škodlivého výsledku: tak představa odplatného trestu je výsledkem myšlenkové operace, jež nechává nepovšimnuty všechny ostatní momenty reálného děje trestání, až na ten, že právě jest ve vztahu k určitému trestnému činu. A opět tu dalekosáhlá abstrakce udržela se dlouho potom, když již poznáno bylo, že nevystihuje celé skutečnosti. Udržela se proto, že právě umožňovala odůvodniti snahu, aby pro způsob a míru trestání jen objektivní ráz činu byl rozhodný. Jako tedy konstrukce svobody vůle byla pomůckou k odstranění stavovských rozdílů v trestním právu a k přenesení zásady občanské rovnosti do tohoto oboru, tak konstrukce odplatného trestu byla pomůckou k odstranění arbitrárního trestání a tím k zabezpečení občanské svobody.

Ovšem metodická nejasnost co do vlastní podstaty této pomocné myšlenkové konstrukce svedla zvláště epigony klasického směru k učení, proti němuž pozitivistický směr byl nutnou a zdravou reakcí. Přehlížejíce totiž, že dalekosáhlá abstrakce klasického směru jest odůvodněna právě tím, že mu nejde o popis

skutečnosti, nýbrž o nahrazení skutečnosti takovými myšlenkovými prvky, jež by jej ve směru, o němž jde, mohly zastupovati, hledali epigoni ve skutečnosti reálné zjevy, jež by oněm myšlenkovým konstrukcím vyhovovaly. Kdežto tedy myšlenka odplatného trestu byla zakladatelům klasického směru předpokladem, s nímž ke svým úvahám přistupovali, stala se pozdějším postulátem, jímž skutečnost chtěli ovládnouti. Jest to stejný omyl, jakého by se dopustil ten, kdo abstraktní konstrukce matematiky neb geometrie by chtěl přenášeti do skutečného tohoto světa, hledal tu bezrozměrné body a jednorozměrné přímky.

Nic potom nebylo snažšího, než když positivistická škola vystoupila s důkazem, že nic takového jako čistě odplatný trest nikdy neexistovalo a existovati nemůže, že trest jako činnost rozumných bytostí vždy jakési praktické cíle musí sledovati. Tato námitka byla stejně odůvodněna, jako by byla námitka, že ve skutečném světě nikde se nevyskytují bezrozměrné body a jednorozměrné přímky. Z pravidla námitka tato nechávala nepovšimnutu jednu stránku problému. Totiž tu, zda ony myšlenkové konstrukce klasického směru nemají jiného smyslu, než zobrazovati skutečnost. Jakmile s této stránky k věci přihlédneme, vidíme, že konstrukce odplatného trestu vznikla právě jen jako pomůcka k tomu, aby z trestního práva stalo se skutečné právo, t. j. soubor zásad, vyhovujících stejným zásadám, na nichž vůbec společenský řád měl býti vybudován. Myšlenka odplatného trestu tedy není snad vyvrácením praktických cílů, jež trestní právo sledovati může, stejně, jako konstrukce přímky není vyvrácením skutečnosti, že v prostoru není zjevů jednorozměrných.

Omylem klasického směru právě bylo, že si sám této metodické povahy svých konstrukcí neuvědomil, a že sám do značné míry kladl požadavek, aby také ve skutečnosti trest byl vždy odplatou zla zlem.

Do analogického omylu upadala však také positivistická škola trestního práva, když viděla v trestu jen opatření určité praktické cíle sledující. I tu jde o jednostrannou abstrakci, jež nad to stížená je tou vadou, že vyzvedá stránku právě pro čistě právnickou úvahu asi tak bezvýznamnou, jako by byla pro úvahu geometrickou barva pozorovaného předmětu. Nechává totiž tato abstrakce nepovšimnuty právě ty stránky reálného zjevu zločinu a trestu, o něž nám v trestním právu jde. Totiž otázku, zda a za jakých

podmínek toto sledování určitých praktických cílů státem vyhovuje ideí spravedlnosti. Jako tedy klasický směr hlavně u svých epigonů pro pozorování právní formy trestu zapomínal na jeho reálný obsah, zapomínal pozitivistický směr pro reálný obsah trestání na právní jeho formu.

Ale i tu přechod od klasické školy ke škole pozitivistické byl výrazem hlubší přeměny v základním pojmání právní stránky trestání. Klasická škola byla výrazem doby, kdy individuum, uvědomující si samostatnou svou hodnotu, stavělo se proti státu jako stejně oprávněný činitel, a problém trestního práva řešen se stanoviska, že právě stát jest toliko ochráncem občanské svobody, již nesmí omezovati jinak a jindy, než jak zákonem předem jest pro všechny občany stejně stanoveno. Positivistický směr naproti tomu byl výrazem doby, kdy stát blahodějný rozsáhlé další funkce na sebe bráti počal, kde individuum počalo následkem postupující socialisace mizeti ve státní společnosti, jež ke svým účelům a podle svých potřeb si je přizpůsobovala. Jest tedy vyloučeno, aby klasický směr vyvrátil směr pozitivistický, nebo naopak. Každý z těchto obou směrů má na mysli jiný vztah mezi individuem a státem, každý z nich vypočten jest na jiné politické poměry.

Hlavní omyl klasické školy spočíval v tom, že se domnívala, že její konstrukce platí vždy a všude. Platí ovšem vždy a všude, pokud na ně hledíme jako na abstraktní pomůcky myšlenkové, vycházející z určitých předpokladů. Jakmile však z říše čirého myšlení sestoupíme do říše reálného dění, stává se i platnost těchto konstrukcí podmíněnou, podmíněnou tím, že právě dány jsou ony politické vztahy, jež tato konstrukce předpokládá.

Když sociální vývoj XIX. století od krajního individualismu doby osvícenské přešel k různým formám socialismu, když tedy již stát proti individuu nestál jako nezúčastněná druhá strana, nýbrž jako ochránce a pomocník slabého, musil i základní ráz trestu se změnit. Pouhá odplata tu pocitována buď jako cosi bezúčelného, nebo jako cosi bezdůvodně krutého. Místo toho na oči se tlačily pravé rozdíly ve vztazích, v nichž pachatel trestného činu jako pomoci a ochrany potřebující člen společnosti lidské k této společnosti může státi. Tu pak schematicky dva případy musíme rozeznávati.

Především případ, že individuum jen vnějšími okolnostmi se

dalo k trestnému činu strhnouti. Tu odplata zlem pociťuje se jako nespravedlnost a jediné, čeho od státu se očekává, jest, že právě uchrání individuum od možných škodlivých vlivů, že je posilní v jeho odporu proti nim. Odtud myšlenka připustiti v trestním právu možnost prominouti trest, nebo (poněvadž právě okolnost, že jen vnější vlivy byly příčinou trestného činu, jen zkušeností se dá prokázati) myšlenka, odložití výkon trestu pod podmínkou dobrého chování a zabezpečiti po případě toto dobré chování přiměřenou přátelskou pomocí. Tak asi došlo se k instituci prominutí trestu a podmíněčného odsouzení i ochranného dozoru, k institucím, jež terminologie americké nauky vězeňské shrnuje názvem probace.

Druhá skupina případů jsou ty, kde příčina zločinu leží v povaze pachatele samého. I tu pouhá odplata zla zlem pociťuje se za nespravedlnost. Zároveň uvědomujeme si tu nemožnost předem stanovit, za jakou dobu a jakými prostředky bude možno povahu pachatelovu přizpůsobiti sociálním podmínkám tak, aby právě na příště zločinu se zdržel. Odtud myšlenka nestanovit v rozsudku předem trvání trestu, nebo aspoň umožniti pachateli, aby, dosáhna dříve vytknutého cíle, byl dříve z trestu propuštěn. Dále myšlenka postupným používáním různých prostředků na povahu pachatelovu působiti ve smyslu sociálnímu životu přiměřeném. Tak vznikla myšlenka předčasného propuštění z trestu, nevymezeného rozsudku a progresivního výkonu trestu, tedy soubor oněch opatření, jež shrnujeme podle amerického vzoru názvem reformace.

Tak postupně myšlenka odplatného trestu zatlačována myšlenkou probace a reformace. Tento převrat především se osvědčil u mladistvých, u nichž vždy potřeba odplaty byla méně naléhavá a u nichž také potřeba ochrany jejich občanské svobody, již konstrukce odplatného trestu především sloužila, tím méně na uznání naléhala, čím hlouběji pronikala myšlenka, že mládež především jest objektem sociální péče a teprv v druhé řadě subjektem samostatných veřejných práv.

2. Soubor oněch funkcí, jež podniká stát sleduje praktické svoje cíle, nazýváme státní správou. Když tedy, jak jsme ukázali, během XIX. století stále naléhavěji stát také v trestním právu a trestním právem určité praktické cíle sleduje, stává se hranice mezi trestním a správním právem stále nejasnější. Snaha,

udržeti tu jakousi pevnou mez, byla asi z nejmocnějších pohnutek, jež jednotlivé zastance trestního práva hnaly k hájení principu odplaty.¹⁾ Cítili, že jakmile tohoto principu by se vzdali, zmizela by jim půda pod nohama, trestní právo by zmizelo v právu správním. O sobě ovšem takováto proměna by nebyla vyloučena a rozhodně by sama o sobě neospravedlňovala hájiti principu, jenž za daných společenských i mravních názorů se stal neudržitelným. Avšak při podrobnějším rozboru se nám ukáže, že tak daleko ještě nejsme, že nebezpečí, že by trestní právo bylo pohlceno právem správním, ještě přímo nehrozí. Ukáže se nám pak též, že myšlenka odplatného trestu není jediným, není také ani způsobilým prostředkem, aby tomuto splnutí zabránila.

Myšlenka, že by právě odplatný ráz trestu byl kritériem mezi trestem a správním opatřením, jest opět důsledkem oné častěji vytykané záměny pojmové konstrukce se skutečností. Správná myšlenka v tomto mínění obsažená jest asi ta, že zastanci klasického směru, chtějíce učiniti z trestního práva instituci skutečně právní, předpokládali, že jediným znakem trestu jest odplata. Následkem zmíněné záměny povstala z toho myšlenka, že odplata je podstatným znakem trestu. To tedy, co u zakladatelů směru bylo apriorním předpokladem, sloužícím toliko k odůvodnění důsledků, o něž vlastně šlo, bráno pozdějšími za podstatnou náležitost oněch důsledků. Jest to podobný omyl, jako by byl v úsudku: „chceme-li měřiti vzdálenost, musíme předpokládati, že přímka, spojující oba body, o jejichž vzdálenost nám jde, nemá jiných rozměrů, než délku. Tedy věc, jejíž délku chceme zjistiti, nemá jiných znaků, než délku.“ Zde chyba úsudku bije do očí. Při analogickém úsudku v trestním právu však přehlízíme, že předpoklad odplaty jest právě jen pomůckou k zjištění spravedlnosti trestu. Že nám tedy nejde o odplatu, nýbrž o spravedlnost.

Tím, že zaměňovali předpoklad s důsledkem, vzdali se zastanci klasického směru možnosti, aby ovládli myšlenkově právní

¹⁾ Sem dlužno počítati i teorii Zuckerovou, jenž (Schuld u. Strafe, str. 5. 37.) vykládá trest jako historicky vzniklou reakci na určité činy. Zucker si neuvědomil, že to, co jako historická nutnost se vyvinulo, nemůže o sobě býti normou pro to, co má býti. Jde tu o záměnu explikativního a normativního chápání pro dobu Zuckerovu charakteristickou.

institute, jež s názvem trestního práva vznikly v době změn-
ných sociálních poměrů. A přece již obvyklé zařadování trestního
práva do oboru funkcí justičních tu bylo dosti jasným ukazate-
lem. Spočíváť nepochybně v momentu spravedlnosti znak, při-
bližující výkon trestního práva výkonu práva justičního, osvěd-
čujícího se při rozhodování sporů soukromoprávních. Jako tu
stát nechává nepovšimnuty osobní snahy a tužby individuí v sou-
kromoprávní vztahy vstupujících, tak tam právě myšlenka od-
platy byla výrazem ideje, že stát především k otázce spravedli-
vého trestání má přihlížeti, nechávaje nepovšimnuty všechny
ostatní momenty. Tím není řečeno, že by tu těchto ostatních
momentů nebylo; jako nikdo snad neuzavírá tržové smlouvy jen
proto, aby uskutečnil určitý předpis občanského práva, nýbrž
proto, že potřebuje určitých statků k své obživě, k svému ša-
cení a podobně, tak také stát netrestá jen proto, aby uskutečnil
určitý předpis trestního práva, nýbrž aby zabránil dalším ško-
dám, aby určité hodnotní úsudky v občanstvu upevnil a pod.
Ale jako civilní soudce ony momenty, jež soukromníka pohnuly
ke kupu, při svém rozsudku pomíjí, tak také ono sledování ur-
čitých praktických cílů trestem není vlastní úlohou trestního
soudce.

Nespočívá tedy charakteristikon trestního práva v odplatě,
nýbrž v tom, že stát občanskou svobodu pokládá za tak vý-
znamný statek, že opatření, jimiž do ní se zasahuje, zabezpečuje
všemi oněmi kautelami, jimiž zabezpečuje vykonávání spravedl-
nosti vůbec. Materiálně můžeme za charakteristikon trestního
práva označiti jen, že tu autoritativně se stanoví, co nemá býti,
že tu tedy jde o nejslavnostnější formu, již stát vyřkne svůj
nehodnotný úsudek o určitém způsobu jednání. I tu ovšem jde
o popis určitého historicky podmíněného zjevu a nikoliv, jak kla-
sická škola se domnívala, o stanovení jakýchsi principů věčné
a všude platných. S touto výhradou však můžeme tvrditi, že na
našem stupni kultury trestní právo jest onou formou ochrany
občanské svobody, již poskytuje stát, zabezpečuje jednotlivci,
že jen určité jednání jeho provázeti bude svým nehodnotným
úsudkem a že i tu ona opatření svěří orgánům, kteří by posky-
tovali největší záruky nestrannosti a spravedlnosti.

Mezi trestem a správním opatřením tedy není rozdílu co
do jejich obsahu, nýbrž jen co do jejich podmínek a způsobu, jak

se vykonávají. V tom tedy spočívá také rozdíl mezi trestním právem a správní justicí; kdežto při správní justici správní soud stojí proti úřadu správní úkon před se beroucimu, jako soud civilní proti občanu soukromoprávní úkon před se beroucimu, totiž přenecháváje jemu, aby odhadl účelnost svého jednání a zkoumaje toliko jeho spravedlnost, v trestním právu již úkon sám svěřen soudu, čímž již předem vyloučena býti má možnost, zneužití přemoci státní ve službách tendencí nahodilých držitelů státní moci tam, kde jde o občanskou svobodu.

A opět tu toto pojmové ohraničení trestního práva od práva správního stává se méně ostrým tam, kde jde o mladistvého provinilce. Vždyť tu právě potřeba chrániti individuální svobody jest méně citelnou, stále rozsáhlejší obory veřejné správy zasahují denně do volnosti mladistvých individuí, tak že nepocítujeme již jako anomálii, stírají-li se postupně rozdíly mezi trestním a správním právem, poskytuje-li se i jiným orgánům, než soudům možnost, aby obmezovaly svobodu individua, nevymezují-li se předem případy, kdy se tak státi může tak, aby volnost pohybu jen ve výjimečných, zákonem taksativně vypočtených případech byla omezena, a tedy neklade-li se za podmínku onoho opatření autoritativní nehodnotný úsudek o jednání trestaného individua.

3. Hlavní příčinou, proč nepocítujeme u mladistvých individuí tak intenzivní potřebu ochrany osobní svobody, jako u osob dospělých, spočívá v tom, že stát tu postupně přejímá funkce rodiny, že ve svém právu vrchnoporučenském vypracoval celý systém opatření, jimiž do osudů mladistvé osoby může zasáhnouti, aniž tu třeba jest nehodnotného úsudku o určitém jeho jednání. V tom směru tedy podobá se opatření vrchnoporučenské opatření správnímu. Na druhé straně podobá se opatření trestnímu v tom, že tyto úkony aspoň většinou se svěřují také soudům asi v té úvaze, že tu nepřímo jde o zasažení jinak hájené sféry individuí dospělých, totiž výchovných práv rodiny. Proto z pravidla zákony i výkon těchto práv svěřují orgánům poskytujícím největší záruky nestrannosti. Tyto momenty, jimiž vrchnoporučenská moc blíží se na jedné straně moci správní, na druhé moci trestní, zakrývají nám velmi často znak, jímž od obou podstatně se liší. Spočívá v tom, že tu nejde o zájmy státu, nýbrž o zájmy mladistvého individua samého. Proto zařadujeme předpisy této věci se týkající

do práva soukromého. Ovšem dostává se této ochrany zájmům nezletilých proto, že se pokládají za neschopné, aby sami poznali, v čem vlastně spočívá skutečný jejich zájem. Tím ovšem prakticky zase onen rozdíl mezi vrchnoporučenskou mocí a mocí správní i trestní velmi často mizí. Neboť onen zájem, jež soud mladistvému imputuje, zpravidla bude zájmem nejen jeho, nýbrž i zájmem státu, tak že třeba nepřímou tu přece zase stát sleduje své praktické cíle proti osobě postiženého, sleduje je pomocí soudů, takže nakonec rozdíl mezi touto činností a činností trestního soudu jen v tom spočívá, že tu není podmínkou opatření proti osobě, aby soud autoritativně vyřkl nehodnotný úsudek o způsobu jejího jednání. Touto vnitřní příbuzností si vysvětlujeme, proč namnoze tato vrchnoporučenská moc splývá s mocí trestní, až, jako v jednotlivých zákonech severoamerických o zvláštních soudech pro mládež marně se ohlížíme, kde je hranice mezi mocí vrchnoporučenskou a trestní.

Jakmile však mizí podmínka, že trestní moc se může uplatnit jen na základě nehodnotného úsudku o jednání postiženého, zbývá nám z trestního práva jen jméno. Tak docházíme k úsudku, že t. zv. trestní právo mládeže je přechodným útvarem právním. Vyskytuje se tam, kde obava před zneužitím státní moci proti individuu vymizela, kde tedy se již aspoň u mladistvých nepocituje potřeba ohradití zasažení do jeho sféry volnosti zevními kautelami trestního práva, a kde naopak zavládne taková důvěra ve státní moc, že se jí svěří výchova dorostu zvláštní péče potřebujícího bez obav, že by tím ať mladistvý sám, ať jeho rodina ve skutečných zájmech byli zasaženi.

To by překvapovati mohlo jen toho, kdo na rozdělení práva v jednotlivé jeho obory hledí jako na myšlenkovou nutnost, nezávislou na historických podmínkách. Ve skutečnosti rozdíl mezi veřejným a soukromým, mezi trestním, vrchnoporučenským a správním právem jest výsledkem historického vývoje a jím daných sociálních podmínek. Jakmile tyto podmínky se změní, mění se postupně i rozdíly mezi těmito obory právními. Jako trestní právo podmíněno jest potřebou ochrany individua proti přemoci státní, tak mizí tam, kde tato potřeba se již nepocituje.

4. Dříve, než dojde k pohlcení trestního práva aspoň u mladistvých právem správním a vrchnoporučenským, setkáváme se s přechodnými útvary právními, při nichž více méně dovedně

oboji, po případě všechny tři momenty se slučují. Počátkem jest tu pouhé mechanické spojování obvyklého trestu s případným opatřením správním nebo vrchnoporučenským. Tak připouští se u mladistvých, aby vedle trestu byli odkázáni správnímu úřadu k tomu, aby zavedl přiměřenou jejich výchovu, nebo že vedle trestu přenechávají se vrchnoporučenskému úřadu, aby stanovil způsob přiměřené jejich výchovy. Toto pouze mechanické slučování trestu s opatřením správním nebo vrchnoporučenským jest ovšem na delší dobu neudržitelné. Jest to jen koncese, jež se tu delší, tu kratší dobu činí ještě myšlenke trestu odplatného. Jakmile pronikne přesvědčení, že odplata sama o sobě nevyčerpává smysl trestu, tlačí se nevhodnost anebo právníká nemožnost této konstrukce na oči. Neboť uvědomíme-li si, že co do obsahu není rozdíl mezi trestem a správním opatřením, uvědomujeme si nemožnost konstrukce, jež chce jednou trestem spravedlivě trestati, podruhé správním nebo vrchnoporučenským opatřením praktických cílů jakýchsi dosíci. Vždyť i tato opatření musí jako opatření právní vyhovovati ideí spravedlnosti. Jak je pak možno, aby této ideí se dostalo proti těmž individuu z podnětu téže skutkové podstaty dvojím nebo dokonce trojím opatřením? A máme-li na tato opatření hleděti jako na celek, proč nedati je do rukou těmž orgánů, trestnímu soudu?

Proto druhým stupněm ve vývoji trestního práva mládeže jest, že se trestnímu soudu svěřují určité funkce, jež jinak připadají úřadům správním nebo vrchnoporučenským, aby jich po případě použil vedle trestu.

Tu však již bezúčelnost onoho odplatného trestu příliš stává se citelnou. Na čas pomáhá tu právo milosti. Právní řád zdráhá se ještě vzdáti se myšlenky odplaty, třeba by ji již pokládal za zbytečnou, a používá prostředku milosti k tomu, aby se jí zbavil v případech, kde její použití příliš by bylo v odporu s myšlenkou spravedlnosti. Milost však, jež vázána jest na určité právní úvahy a podmínky, přestává býti milostí a stává se momentem, jenž jest s to, aby podryl důvěru ve spravedlivost opatření soudem činěných. Vždyť jeví-li se udělení milosti vzhledem na uznané potřeby sociální nutností, nelze nahlédnouti, proč by její výkon neměl býti přenechán soudům, jež přece poskytují více záruky nestrannosti a přesného vystižení skutečných poměrů, než správní úřady, od jejichž dobrého zdání z pravidla udělení mi-

losti závisí. Tak také forma milosti jest jen přechodným útvarem, poslední koncesí, jež se činí odumírající myšlence odplatného trestu. Tak se dospívá k poslednímu stadiu zvláštního trestního práva mládeže, totiž k tomu, že soudu dána možnost, aby pravidelný trest buď vůbec, nebo za určitých podmínek prominul, nebo aby jej nahradil určitým opatřením správním, na př. odkázáním do určitého ústavu výchovného, nebo vrehnoporučenským, na př. postavením pod dozor výchovný.

Tato vývojová řada setkává se pak s jinou, jež z pravidla současně se odehrává v oboru výkonu trestu.

5. Racionalism klasické školy skutečnost radikálně zjednodušující viděl v trestu jen moment odplaty. Právě tak, jako nahražoval zločinné individuum schematem bytosti jen rozumem ovládané a svobodně se pro zločin rozhodující, tak nabízel velmi reálný trest jen schematem zla, jež pachatel v odplatu za svůj čin měl vytrpěti.

Í tato myšlenka klasické školy byla kriminálně politicky velmi plodnou, proč se udržela ještě potom, kdy praktická její nevhodnost se již tlačila na oči. Jako každý racionalistický směr, tihnul i klasický směr trestního práva k tomu, aby rozdíl kvalitativní nahradil rozdíl kvantitativní. Vždyť jen kvantitativní rozdíl jsme s to, abychom pořadím čísel myšlenkově ovládli a je racionálními formulami vyjádřili, kdežto kvalitativní rozdíl se racionálnímu zachycení vymykají. Proto se stal tento směr tak nadšeným obhájcem trestu na svobodě a trestu peněžitého, poněvadž u nich je skutečně možno utvořit řadu jen kvantitativně se lišících jednotek. Jako předpoklad svobody vůle byl zbraní proti stavovské, třídní justici, jako předpoklad odplatného trestu byl zbraní proti arbitrárnímu potrestání, tak předpoklad kvalitativních rozdílů mezi tresty byl zbraní proti nelidským trestům tělesným. V tomto trojím směru klasická škola splnila své poslání; bylo úkolem pozitivistického směru, aby zase k platnosti přivedl ony momenty, jež racionalism směru klasického pomíjel. Tu pak především do očí bilo, že domněnka o kvantitativních rozdílech mezi různými tresty na svobodě a různými pokutami jest fiktivní, jakých potřebuje racionalism pro své účely, jejichž skutečná povaha se nám však ihned ukáže, jakmile sestoupíme na úroveň tvrdé skutečnosti. Jen zdánlivě jest vězení jednoho měsíce polovicí onoho utrpení, jež se ukládá ve formě

dvouměsíčního vězení, pokuta jednoho sta korun polovicí utrpení uloženého pokutou dvou set korun. Záleží tu vše na individualitě trestancově i na způsobu, jak trest se vykonává.

Odtud pak jest krok k poznatku, že zásada: menší vina, kratší trest nemusí vyhovovati ideji spravedlnosti. Tento poznatek zase se stal zvláště citelným při trestání osob mladistvých. Klasická škola tu postupovala podobně, jako středověcí malíři znázorňující děti jako miniatury dospělých osob. Tak také usuzováno, že vina mladistvých jest menší a z toho vyvozován požadavek trestu kvantitativně menšího. Mladistvý věk tak zařazen mezi okolnosti polehčující, odůvodňující vždy nižší potrestání, než u osob dospělých by bylo za stejných jinak okolností přípustno.

Když pak pozitivistický směr podrobněji přihlédl ke skutečnosti, nemohlo mu ujíti, že rozdíly mezi osobami mladistvými a dospělými nejsou kvantitativní, nýbrž kvalitativní, že tu nelze mluvit o menší vině, nýbrž o vině jiné a že také nevyhovuje ideji spravedlnosti trest kvantitativně menší, nýbrž trest jiný. Odtud požadavek zvláštních trestních opatření při mladistvých, opatření, jež by svým rázem byla přiměřena zvláštností mladistvého věku. Neboť pro mnohé, co tvoří právě zlo trestu u dospělého, mladistvý nemá vůbec ještě pochopení, na druhé straně mnohé, co dospělý otužilý vůbec jako zlo nepocituje je mladistvému nesnesitelným omezením.²⁾

Zvláště však se při této úvaze na oči tlačily rozdíly vyplývající z plasticnosti, již se vyznačuje povaha osob mladistvých. Jednak totiž tu spíše byla na snadě mravní infekce v prostředí trestnic, jednak možnost utvářivě působiti na ni prostředky výchovnými. Odtud jednak snaha také zevně odlišiti prostředky trestní, pokud se jich má použiti proti mladistvým, od obvyklých prostředků přípustných u osob dospělých, jednak snaha použiti trestu jako prostředku výchovného. Konečně i myšlenka neomezovati se jen na přizpůsobování obvyklých prostředků trestních potřebám osob mladistvých, nýbrž připustiti u mladistvých zvláštní prostředky trestní, hlásila se o uznání. Tak zvláště myšlenka zavésti v trestním právu mládeže výprask, nalezla hojně

²⁾ Appellius: Behandlung, str. 108., srov. i. 27. D. J. T. 4/2 str. 394., 659. a Lenz: Das Jugendstrafrecht (Schriften des Ersten Österr. Kinderschutzkongresses 1907. Bd. II. str. 271. n.) str. 316.

bbháječů. Celkem však vývoj směřoval k tomu, aby soustava trestních opatření proti mladistvým se přizpůsobila těm výchovným opatřením, jichž správní a vrchnoporučenské právo s úspěchem používalo,^{*)} a tu směr tihnoucí k vytvoření zvláštních trestních opatření u mladistvých se setkal se směrem tihnoucím k náhradě pravidelných trestů opatřeními správními i vrchnoporučenskými.

Tak také hnutí směřující k tomu, aby mechanické kvantitativní rozdíly mezi tresty byly nahrazeny rozdíly kvalitativními, podporovalo vývoj směřující k pohlcení trestního práva mládeže právem správním a vrchnoporučenským.

Porušení belgické a lucemburské neutrality Německem ve světové válce.*)

Dr. Cyril Horáček jun.

Vpád německého vojska do Belgie a Lucemburska na počátku světové války byl prvním skutkem velkého dosahu, jenž otřásl mezinárodním právem a byl úvodním článkem celého řetězu přečinů proti mezinárodnímu právu, které se během této války vyskytly. Porušení belgické a lucemburské neutrality, které vzbudilo tehdy takový rozruch v celé mezinárodní veřejnosti, je tak důležitým případem porušení závazků uložených mezinárodním právem, že zasluhuje, aby věnována mu byla bližší pozornost.

Trvalá neutralita království belgického se zakládala na smlouvě uzavřené mezi Rakouskem, Francií, Velkou Británií, Pruskem a Ruskem z 26. června 1831 (smlouva osmnácti článků) a 15. října téhož roku (londýnská smlouva dvaceti čtyř článků), ke které přistoupila Belgie 15. listopadu 1831. Tato smlouva v redakci posléze uvedené obsahovala článek sedmý tohoto znění: Belgie bude tvořiti ve hranicích stanovených čl. 1, 2 a 4 stát trvale neutrální. Bude povinna zachovávatí tutéž neutralitu vůči všem ostatním státům.

Článek 25. téže smlouvy stanovil: Dvůr rakouský, francouz-

^{*)} Proti tomu ještě Zucker: Schuld und Strafe, str. 75.

^{*)} Základem této práce je referát přednesený v semináři práva mezinárodního prof. Hobzy.

ský, velkobritský, pruský a ruský zaručují J. V. králi belgiokému provedení všech předcházejících článků. Všechny tyto závazky byly obnoveny a znovu formulovány londýnskou smlouvou z 19. dubna 1839, kdy uznalo samostatnost a neutralitu Belgie též Hollansko. O platnosti těchto smluv nebylo nikdy pochybnost a smlouvy ty byly uznávány všeobecně jak vládami států garančních tak i států ostatních.

Podobným způsobem založena byla trvalá neutralita velkovévodství lucemburského smlouvou z 11. května 1867. Státy signatárními byly tu všechny tehdejší velmoci, Rakousko, Francie, Velká Británie, Prusko, Rusko a Itálie. Článek druhý této smlouvy zní: Velkovévodství lucemburské bude tvořiti napříště stát trvale neutrální. Bude povinno zachovávatí tutéž neutralitu vůči všem ostatním státům. Vysoké smluvní strany se zavazují respektovati zásadu neutrality založenou tímto článkem. Tato zásada je a zůstane postavena pod sankci společné záruky mocností podepsaných na této smlouvě s výjimkou Belgie, která je sama státem neutrálním.

Přes tento svůj závazek porušilo Německo ve světové válce nejprve neutralitu Lucemburska a pak neutralitu Belgie. V noci ze dne 1. na 2. srpen 1914, dříve ještě, než byla vyprovozena válka Francii, obsadily německé branné síly bez jakékoliv noty, ultimata nebo aspoň ohlášení*), lucemburské území. Lucembursko nebylo s to brániti se vojenskou mocí tomuto vpádu a omezilo se na protest, který podalo všem státům, jež podepsaly smlouvu z r. 1867, tohoto znění: „Mám čest oznámiti Vaši Excelenci tyto skutečnosti: V neděli 2. srpna časně z rána vnikly německé branné síly, podle informací, které došly velkovévodskou vládou v tuto hodinu, na území lucemburské přes mosty u Wasserbilligu a Renichu, směřujíc hlavně k jihu země a k hlavnímu městu vévodství Luxemburgu. Určitý počet pancéřových vlaků s vojskem

*) Teprve 2. srpna došel lucemburské vlády tento telegram min. zahr. věcí v Berlíně v. Jagowa: „K naší velké lítosti vojenská opatření, která byla účinná, stala se nevyhnutelnými, poněvadž jsme obdrželi bezpečné zprávy, podle kterých vojenské francouzské síly byly na pochodu proti Luxemburgu. Byli jsme nuceni učiniti opatření ku ochraně našeho vojska a bezpečnosti našich železných drah. Naším úmyslem není nijaký nepřátelský akt proti Lucembursku. Pro přítomné nesmírné nebezpečí bylo nám bohužel nemožno zahájití předcházející rozhovory s lucemburskou vládou.“

Louis Renault: Les premières violations du droit des gens. Paříž 1917.

a municí byl připojen na železnici z Wasserbilligu do Luxemburgu, kam, jak se očekává, každým okamžikem přibudou. Tyto skutečnosti obsahují činy, zřejmě odporující neutralitě velkovévodství zaručené smlouvou londýnskou z r. 1867. Vláda lucemburská neopomenula energicky protestovati proti tomuto útoku u zástupců J. V. císaře německého v Luxemburgu. Stejný protest je zasílán telegraficky státními sekretáři pro zahraniční věci v Berlíně atd.“*)

Stejně rozhodně protestovala proti porušení neutrality lucemburské vévodkyně lucemburská při zahájení sezení parlamentu 10. listopadu 1914, těmito slovy: „Neutralita Lucemburska byla porušena. Já a moje vláda jsme ihned protestovaly a upozornily na naši situaci mocností, které převzaly záruku za smlouvu londýnskou. Naše práva byla zneužita, ale budou dodržena. Lucembursko nikterak se nepovažuje za zbaveno svých závazků neutrality a vyplní ji též v budoucnu s loyality. Náš protest trvá neztěněn atd.**)

Ihned po obsazení Luxemburska došlo ku porušení neutrality belgické. Belgickému ministru zahraničních věcí byla podána dne 2. srpna 1914 v 7 hodin večer tato nota mající povahu ultimata***): Německá vláda obdržela bezpečné zprávy, podle kterých francouzské branné síly mají v úmyslu táhnouti na Meusu skrze Givet a Namur; tyto zprávy nenechávají žádných pochyb o úmyslu Francie táhnouti na Německo územím belgickým. Císařská německá vláda se nemůže zhostiti obavy, že Belgie, nedostane-li se jí pomoci, nebude sto odraziti s úspěchem francouzské tažení takového rozsahu způsobem, který by zajistil Německu dostatečnou bezpečnost proti této hrozbě. Jest to kategorická povinnost (un devoir impérieux) záchrany Německa, aby předešlo tomuto útoku nepřítelovu. Vláda německá litovala by velmi živě, kdyby Belgie považovala za nepřátelský akt proti sobě namířený skutečnost, že opatření nepřítelů Německa nutí též je, aby porušilo belgické území. Německá vláda prohlašuje, aby bylo rozptýleno veškeré nedorozumění:

*) *Révue générale d. dr. int. p. roč. 1914 docum. str. 67.*

**) *André Weiss La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne.*

***) *Livre gris No. 20. Revue générale du droit international public. roč. 1914, docum. str. 66.*

1. Německo nezamýšlí žádného nepřátelského aktu proti Belgii. Jestliže Belgie souhlasí s tím, že v této počínající válce se postaví na stanovisko blahovolné neutrality vůči Německu, vláda německá se zavazuje se své strany, že v okamžiku míru zaručí integritu a neodvislost království v celém jejím rozsahu.

2. Německo se zavazuje za uvedené podmínky, že vyklidí území belgické, jakmile mír bude uzavřen.

3. Zachová-li Belgie přátelské stanovisko, je Německo ochotno v souhlasu s belgickými autoritami zakoupit za hotové vše, co potřebuje pro svá vojska, a poskytnouti odškodnění pro jakékoliv škody způsobené v Belgii německými vojsky.

4. Zachová-li se Belgie nepřátelsky vůči německým vojskům a zvláště bude-li klásti překážky jejich postupu opevněními na Meuse nebo ničením cest, železnic, tunelů nebo jiných umělých zařízení, bude Německo nuceno považovati Belgii za nepřítel. V tomto případě nemohlo by Německo převzítí žádného závazku oproti království, nýbrž musilo by ponechati další úpravu vzájemných styků mezi oběma státy rozhodnutí zbraní. Vláda německá má pevnou naději, že k této eventualitě nedojde a že belgická vláda dovede se chopiti opatření vhodných k tomu, aby nedošlo k činům takovým, o jakých byla učiněna zmínka. V tomto případě budou přátelské styky, které pojí oba sousední státy, udrženy trvalým způsobem.

Toto ultimatum vyžadovalo odpověď do dvanácti hodin, a poněvadž bylo podáno večer, musela býti odpověď sestavena v noci. Odpověď belgické vlády ze dne 3. srpna zněla takto*): Svou notou z 2. srpna 1914 oznámila vláda německá, že podle určitých zpráv mají francouzské branné síly v úmyslu táhnouti na Meusu skrze Givet a Namur, a že (prý) Belgie při své nejlepší vůli nebude sto, aby bez pomoci zamezila postup francouzských vojsk. Německá vláda se domnívala, že musí předejiti tomuto útoku a přestoupiti belgické území. Ve svých podmínkách slibuje Německo královské vládě, že zaujme vůči ní přátelské stanovisko, a zavazuje se v okamžiku míru zaručiti integritu a državu království v celém jejím rozsahu. Nota připojuje, že jestliže Belgie bude klásti překážky postupu německých branných sil, bude Německo nuceno považovati ji za nepřítel a ponechati další úpravu vzájemných

*) Livre gris No. 22 v. Revue générale du droit international public, roč. 1914 docum. str. 75.

styků mezi oběma státy rozhodnutí zbraní. Tato nota vzbudila u královské vlády hluboké a bolestné překvapení. Úmysly, které přičítá Francii, jsou v odporu s formálními prohlášeními, které nám byly učiněny 1. srpna jménem republikánské vlády.*) Ostatně, kdyby proti našemu očekávání byla neutralita porušena Francií, Belgie by splnila všechny své mezinárodní závazky, a její vojsko by se postavilo proti vetřelci s nejsilnějším odporem. Smlouvy z r. 1837, potvrzené smlouvami z r. 1870, zaručují neodvislost a neutralitu Belgie pod zárukou mocností a zvláště vlády J. V. krále pruského. Belgie byla vždy věrna svým mezinárodním závazkům; splnila své povinnosti v duchu loyální nestrannosti; nezanedbala žádné námahy pro udržení a respektování své neutrality. Útok na neodvislost Belgie, jakým jí hrozí německá vláda, zakládal by flagrantní porušení mezinárodního práva. Žádný strategický zájem neospravedlňuje porušení práva. Kdyby vláda belgická přijala nabídky jí oznámené, obětovala by čest národa a zároveň by zradila své povinnosti vůči Evropě. Belgie jsou si vědoma úlohy, kterou hraje více než osmdesát let ve světové civilizaci, zdráhá se věřit, že neodvislost Belgie nemohla by býti zachována než za cenu porušení její neutrality. Kdyby tato naděje byla zklamána, belgická vláda je pevně odhodlána odraziti všemi prostředky, jež má v moci, každý útok na své právo.“

Po této odpovědi překročilo německé vojsko dne 4. srpna belgické hranice, belgické vojsko postavilo se na odpor a došlo k válce. V těchto bojích dopustilo se německé vojsko mnohých ukrutností na belgickém obyvatelstvu, které se postavilo namože na odpor se zbraní v ruce. V těchto případech došlo nepochybně též k přečinům proti mezinárodnímu právu,**) jež přesahují však rámec této studie a nebude k nim proto dále přihlíženo.

Po dobytí Lutychu podalo Německo Belgii dne 9. srpna novou notu, ve které žádá o zastavení nepřátelství. Nota tato

*) Toto místo belgické noty se vztahuje na prohlášení francouzské vlády na počátku světové války tohoto znění: Vláda francouzská je rozhodnuta respektovati neutralitu Belgie a pouze v případě, že by jiná mocnost porušila tuto neutralitu, mohla by se Francie ocitnouti v nutnosti jednati jinak, aby zajistila vlastní obranu. *Revue générale* atd. roč. 1914 docum str. 65.

**) Haagská konvence o zákonech a zvycích války pozemní z r. 1907. Četné případy během světové války sebrány v *Rapports sur la violation du droit des gens en Belgique* vydávaných belgickou vládou během světové války v Havru.

zni:*) „Pevnost lutyšská byla dobyta útokem po hrdinné obraně. Německá vláda hluboce lituje, že následkem stanoviska belgické vlády k Německu došlo ke krvavým srážkám. Německo nepřichází jako nepřítel do Belgie. Pouze pod tlakem okolností v důsledku vojenských opatření Francie bylo donuceno k těžkému rozhodnutí vkročit do Belgie a obsadit Lutych jako opěrný bod pro své další vojenské operace. Nyní když belgické vojsko v hrdinném odporu proti velké převaze udrželo čest svých zbraní nejskvělejším způsobem, německá vláda prosí J. V. krále a vládu belgickou, aby odvrátila od Belgie další hrůzy válečné. Německá vláda je ochotna ke každému dohodnutí s Belgií, které se může jakýmkoli způsobem shodnouti s jeho konfliktem s Francií. Německo ujišťuje znovu slavnostně, že nebylo vedeno touhou přivlastnit si belgické území a že nemá takového záměru. Německo je ještě stále ochotno vyklidit Belgií, jakmile stav válečný mu to dovolí.“

Belgická vláda však odmítla tento německý návrh odvolávaje se na svoje právní stanovisko touto notou (z 9. srpna):**)

„Nabídka, kterou nám činí německá vláda, opakuje nabídku formulovanou v ultimatu z 2. srpna. Belgie jsou věrna svým mezinárodním závazkům, nemůže než opakovati svou odpověď na toto ultimatum, tím spíše, že od 3. srpna její neutralita byla porušena a že bolestná válka byla vnesena na její území a že garantí její neutrality loyálně a bez průtahů odpověděli na její apel.“

Takový byl historický vývoj porušení belgické neutrality. Závazek šetřiti nedotknutelnosti území neutrálního státu se zakládá na staré, všemi civilisovanými národy uznávané zásadě zvykového práva, a byl nově formulován ve článku prvním páté konvence uzavřené na druhé haagské konferenci z 18. října 1907, který stanoví: území neutrálních mocností jest nedotknutelné, a ve článku druhém: stranám válčícím je zapovězeno dopravovati územím neutrální mocností vojsko nebo zásilky munice neb zásob. Poněvadž Německo bylo jedním ze smluvních států, bylo touto konvencí i formálně vázáno a násilným vpádem na belgické území, jakož i dopravou vojsk tento svůj závazek porušilo.

Třetím důležitým bodem je článek desátý téže konvence, jenž zní: Nelze považovati za akt nepřátelský, jestliže neutrální moc-

*) Livre gris No. 62. Revue générale etc. roč. 1914 documents str. 89.

**) Livre gris No. 65. Tamtéž.

nost odrazí, třeba i násilím, útoky namířené proti jeho neutralitě. Byla tedy německá vláda v nepravu, když ve svém ultimatu brozila Belgii, že bude ji považovat za nepřítele, jestliže bude klásti překážky postupu německých vojsk, a to i překážky pouze technického rázu, jako demolování cest a mostů, a naopak Belgie neodchýlila se od zásad mezinárodního práva odmítnuvši německé ultimatum.

Avšak v tomto případě nešlo pouze o respektování neporušitelnosti území státu ve válce za neutrální se prohlásivšího nebo prohlášeného. Poněvadž bylo Německo jednou z velmocí, které zaručily trvalou neutralitu Belgie smlouvami výše podrobně uvedenými, zakládala se jeho povinnost dbáti belgické neutrality ještě též na této smlouvě, a tato povinnost šla dále než bylo pouhé respektování neutrality, neboť v ní se Německo výslovně zavazovalo za neutralitu ručiti a vhodnými prostředky ji chrániti. Porušilo tedy Německo dvě smlouvy, které podepsalo: Smlouvu o neutralitě Belgie a haagskou konvenci o právech a povinnostech neutrální za války-pozemní.*) Věc ta zdála se zprvu býti zcela zřejmá, byla však později namnoze popírána a rozvinul se o ní velký spor, ku kterému budiž zde blíže přihlédnuto.

Dne 4. srpna 1914, tedy téhož dne, kdy německé vojsko překročilo belgické hranice, promluvil říšský kancléř německý v. Bethmann Hollweg v říšském sněmu památnou řeč, ve které mimo jiné prohlásil: „Pánové, my jsme donuceni se brániti a nouze nezná žádných zákonů. (Not kennt kein Gebot.) Naše vojsko obsadilo Lucembursko a snad již překročilo belgické území. To přičí se před-

*) Prvou smlouvou podepsal ovšem král pruský, nikoli císař německý, neboť říše německá vznikla teprve r. 1871, ale nikdy nebylo pochybnosti o tom, že smlouvami státu pruského před r. 1871 vzniklými vázána je i říše německá. Závazek lucemburské neutrality pak výslovně byl německou vládou uznán smlouvou z 11. června 1872 o odstoupení části železniční sítě Východní společnosti, ve které se nalézá tato klausule: „Vláda německá se zavazuje, že nikdy nepoužije železnic lucemburských spravovaných císařským generálním ředitelstvím alsasko-lotrinských železnic pro dopravu vojska, zbraní, válečného materiálu a munice, a že za války, do které by bylo Německo zataženo, nepoužije jich pro zásobování vojska způsobem, který by se nesrovnával s neutralitou velkovévodství, a vůbec že při provozování dopravy na těchto tratích ani nevykoná ani nepřipustí žádného aktu, který by nebyl v úplném souhlasu s povinnostmi připadajícími velkovévodství jako neutrálnímu státu.“ Při obnově a prodloužení této smlouvy 11. listopadu 1902 byla tato klausule opět převzata do nové smlouvy.

pisům mezinárodního práva. Jest pravda, že francouzská vláda prohlásila v Bruselu, že bude respektovati belgickou neutralitu potud, pokud bude ji respektovati odpůrce. Avšak my jsme věděli, že Francie byla připravena k útoku. Francie mohla čekat, my však nikoli. Francouzský útok na našich bocích, na dolním Rýně, byl by nám mohl býti osudným. Proto byli jsme nuceni přejíti přes oprávněné protesty vlády lucemburské a belgické. Budeme hleděti napravití nezákonnost — mluvím otevřeně — nezákonnost, které se takto dopouštíme, jakmile dosáhneme svého vojenského cíle. Je-li kdo tak ohrožen, jako jsme my, a bojuje-li za nejvyšší statky, zařídí se, jak může.“

Těmito slovy doznal tehdejší representant německé vlády zcela otevřeně, že Německo porušilo mezinárodní právo. Jako omluvný důvod uváděl při tom nutnost, nouzi. Tato nouze ospravedlnila prý porušení smluvních závazků. Ponechávajíc stranou otázku, byla-li tehdejší vojenská situace Německa skutečně taková, že vyžadovala se strategického stanoviska nezbytně pochodu přes Belgii, nemůžeme nijak připustiti učení, které kritickým vojenským stavem, a tedy stanoviskem účelnosti ospravedlňuje porušení závazku, zvláště uvážíme-li, že smlouva o belgické neutralitě byla uzavřena právě pro případ války mezi sousedními státy a pro případ podobné vojenské situace (třeba ne právě pro případ světové války, ale vždy bylo nutno počítati s možností, že rozvine se válka současně na západě a východě Německa), takže signatární státy musily si býti již při podpisu smlouvy vědomy, že smlouva ta ukládá jim do budoucnosti značné omezení jejich strategických plánů.

Toto učení o právu z nouze nenalezlo též nikde mimo Německo porozumění,^{*)} a někteří němečtí spisovatelé, kteří theorii o právu z nouze šíře rozváděli,^{**)} zůstali zcela osamoceni. Když pak německý vpád do Belgie způsobil v celém kulturním světě veliký rozruch, a když po porušení belgické neutrality vypověděla Anglie válku, a když i jinak projevovaly se neblahé politické ná-

*) Výjimečně americký spisovatel Fuehr: *The neutrality of Belgium*. N. York-Londýn 1915.

**) Tak zvláště J. Kohler: *Not kennt kein Gebot*. Berlin 1915, dále německá propagační brožura: *Die Wahrheit über den Krieg*; důvody však, jimiž snaží se svou nauku podepřít, nemají nic společného s právem mezinárodním; podrobnější vyvrácení srv. Louis Renault cit. spis.

sledky tohoto kroku, počala německá vláda tvrditi, že k porušení neutrality vůbec nedošlo, a někteří němečtí právníci shledávali důvody, které by jednání Německa mohly ospravedlniti.

Byl to předem již zmíněný domnělý záměr Francie porušit belgickou neutralitu, o kterém mluvilo německé ultimatum a který uváděl též říšský kancléř. Důvod ten je zcela bezvýznamný, poněvadž Francie ve skutečnosti neutrality belgické neporušila a i kdyby byla úmysl takový skutečně měla (úmysl ten nebyl však nikdy pozitivně dokázán), nebyl by pouhý úmysl ještě důvodem ku skutkovému porušení neutrality se strany německé.

Druhý bod, o který se opírala německá vláda, aby dodatečně odvolala své doznání o porušení belgické neutrality,*) byly dokumenty nalezené v belgickém ministerstvu války po obsazení Bruselu německým vojskem. Tyto dokumenty obsahovaly zápisy o jednání mezi britským vojenským attachém v Bruselu podplukovníkem Barnadistonem a náčelníkem belgického generálního štábu generálem Ducarnem v r. 1906. Britský attaché podal tehdy návrh v tom směru, že v případě, že by Německo porušilo belgickou neutralitu a vtrhlo do Belgie, Anglie vyloží v Belgii své vojsko, a jednáno bylo pak o bližších modalitách tohoto vylodění. Tyto porady opětovány v r. 1912, kdy tehdejší britský vojenský attaché Bridges přímo prohlásil náčelníku belgického generálního štábu Jungbluthovi, že v případě porušení belgické neutrality Německem vyloží anglická vláda 160.000 mužů v Belgii a to i v tom případě, kdyby Belgie o tuto pomoc nepožádala. Tyto porady byly vojenského rázu, nezávazné pro obě strany, mezi osobami, které neměly plné moci k uzavření nějaké smlouvy a také v důsledku jich k žádné smlouvě nedošlo.***) Přes to tvrzeno bylo se strany německé vlády, že tímto jednáním o případném vylodění anglického loďstva porušila belgická vláda sama závazek, který jí ukládala její neutralita, totiž zachovati stejné sta-

*) To se skutečně stalo ve schůzi říšského sněmu 2. prosince 1914, kde německý kancléř opravil svoje prohlášení ze 4. srpna o porušení belgické neutrality a tvrdil, že „když naše vojsko vniklo do Belgie v noci ze 3. na 4. srpna, nacházelo se v zemi, která sama porušila svoji neutralitu ve prospěch Anglie“.

**) Acta o těchto poradách měla však název „Conventions anglo-belges“, čehož využila německá vláda a mluvila o vojenských smlouvách s Anglií (Abkommen, Norddeutsche Allgemeine Ztg. z 24. listopadu 1914 násl.)

novisko vůči všem sousedním státům a neuzavíratí žádného vojenského spolku vůbec, a následkem toho nevniklo prý německé vojsko na půdu neutrální, nýbrž na území státu již z neutrality vystoupivšího. Pokud se tohoto posledního týče, nedošlo, jak již uvedeno k žádné smlouvě, nýbrž pouze k poradám, konferencím, a poněvadž tyto konference měly výlučně ráz defensivní, a předmětem jich byly společné vojenské operace pro případ nastalého porušení neutrality státem třetím a poněvadž smlouva o trvalé neutralitě ukládala Belgii nejen povinnost neutralitu zachovávatí, nýbrž též povinnost svoji neutralitu hájiti,*) nelze v tom spatřovati porušení neutrality se strany Belgie. Ve skutečnosti pak došlo k vyloštění anglického vojska v Belgii teprve 18 dní po tom, co překročilo německé vojsko belgické území a oo se obrátila belgická vláda s apelem na garanční mocnosti.**)

Konečně třetím argumentem, kterým se snažili obhájci německého postupu odůvodniti nezávadnost německého stanoviska,***) byla stará smlouva uzavřená v Cáchách mezi Rakouskem, Velkou Britannií, Pruskem a Ruskem dne 15. listopadu 1818, kterou ponecháváno Anglii a Prusku právo obsaditi v případě ohrožení Hollandska (patrně se strany Francie) některé pevnosti hollandské vlastními posádkami, a sice citadelly v Huy, Namuru, Dinantu, Charleroi, Marienburgu a Philippeville vojskem pruským. Tato cášská smlouva nebyla sice nikdy výslovně zrušena, sluší však považovati ji za anullovanou skutečností, že r. 1830 odtrhla se od Hollandska Belgie a byla r. 1831 uznána velmocemi za stát neodvislý a trvale neutrální. Protokol ze 17. dubna 1831 podepsaný Rakouskem, Velkou Britannií, Pruskem a Ruskem obsahoval povšechné ustanovení, že pevnosti nadby-

*) Z toho důvodu udržovala Belgie nákladné pevnosti a to nejen proti hranici německé, nýbrž též francouzské (Namúr).

**) Srv. k tomu dopis ministra zahraničních věcí Greya adresovaný britskému vyslanci v Belgii ze 7. dubna 1913, ve kterém vyvrací tento pověstí, že by Anglie zamýšlela porušiti belgickou neutralitu (*Révue générale du droit international public*, roč. 1915, str. 96. documents) a dále prohlášení anglického ministra zahraničních věcí ze dne 7. února 1915 a prohlášení všech členů belgické vlády z 2. března 1915, v němž vyvracejí rozhodně, že by se bylo kdy jednalo o vojenskou smlouvu mezi Belgií a Velkou Britannií; tamtéž str. 115 a 122 documents.

***) Josef Kohler: *Die Neutralität Belgiens und die Festungsverträge*, *Zeitschrift für Völkerrecht* 1916, 3. seš. str. 298 násl.

tečné mají býti ve vzájemné dohodě zrušeny. Dne 14. prosince 1831 došlo pak k další dohodě v této věci, v níž se praví: „Smluvní strany vzavše zřetel na přítomný stav Belgie a na změny nastalé v situaci této země její politickou neodvislostí a trvalou neutralitou, která jí byla zaručena, a chtějice se dohodnouti o změnách v systému vojenské obrany, který byl přijat na základě smluv a závazků z r. 1815, a které tato nová situace Belgie učinila nevyhnutelnými, rozhodly se vsunouti v tomto ohledu do zvláštní konvence řadu společných rozhodnutí.*) Pak následoval výpočet pevností, které měly býti zrušeny, ostatní měly býti zachovány a ukládal se Belgii závazek, udržovati je stále v dobrém stavu. Dále následoval tajný článek, jenž jaksí nejasně narážel na ustanovení staré smlouvy z r. 1818. Článek ten zněl: „Stejně jest míti za to, že J. V. král belgický, co se týče pevností, nachází se v témže postavení jako se nacházel král hollandský vůči dvorům výše zmíněným bez porušení závazků, které ukládá J. V. králi belgickému a též samým dvorům (vládám) trvalá neutralita Belgie. V důsledku toho, v případě, že by ohrožena byla bezpečnost pevností, o nichž je řeč, J. V. král belgický dohodne se s dvorem rakouským, velkobritským, pruským a ruským o všech opatřeních, kterých bude vyžadovati zachování těchto pevností, ale vždy se zachováním neutrality belgické.“ Poněvadž trvalá neutralita Belgie zároveň stanovená a s ní spojená nedotknutelnost území vylučovala vlastně právo jiného státu obsaditi část belgického území svým vojskem, které přiznávala cášská smlouva Anglii a Prusku, obsahuje tato klausule v sobě vnitřní odpor, který činí právo k obsazení území zcela pochybným. Tento vnitřní rozpor lze odstraniti nejpřirozenějším a nejjednodušším způsobem výkladem, že zřízením a trvalým neutralisováním nového státu zanikla práva, která měly velmoci na dřívějším území státu hollandského. Nějaká mezinárodní služebnost volného vojenského průchodu**), lpící na belgickém území, nedala by se nijak sloučiti s nedotknutelností neutrálního území. Belgické vlády též se nikdy necítily vázány ustanovením o pevnostech,***) a tak bez

*) Renault cit. spis.

**) Tak J. Kohler cit. spis.

***). O tom srov. opětovná výslovná prohlášení jednotlivých členů belgické vlády při zodpovídání dotazů ve sněmovně poslanců. Srov. Renault cit. spis. str. 58—59.

ohledu na výpočet výše uvedený byly právě pevnosti, které měly býti zachovány, zrušeny, jiné pevnosti byly zřízeny, aniž by některá ze signatárních mocností byla proti tomu činila námitky. Rovněž německé ultimatum ze 2. srpna 1914 neodvolávalo se při požadavku, aby byl povolen průchod německého vojska, nikde na právo, které by Německu plynulo ze smlouvy cášské z r. 1818.

Spor o to, zda belgická a lucemburská neutralita byla německým vpádem porušena, vlekl se po celou dobu světové války. Velká většina všech právníků byla v tomto bodě shodného mínění a jen někteří němečtí spisovatelé nepochybně z podnětu německé vlády, které velice záleželo na tom, aby svrhla se sebe odium bezprávného činu, udržovali stále novými shledávanými důvody spor nerozhodnut. Hlavní důvody, které měly dokázati, že k porušení mezinárodního práva nedošlo, t. j. že Německo bylo oprávněno jednati tak, jak jednalo, byly výše uvedeny a myslím, že žádný z nich nemůže obstáti při objektivním posouzení.

Po porážce Německa a revoluci, která odstranila starou vládu a všechny ony muže, kteří měli na porušení belgické neutrality více méně přímé účastenství, poklesl zájem německé vlády na tomto sporu a konečně bylo opuštěno i německou vědou učení o právu z nouze a přišla k platnosti zásada, že mezinárodní smlouvy musí býti zachovávány a že není přípustno jednostranné odstoupení od převzatých závazků.*) Spor o to, byla-li porušena lucemburská a belgická neutralita, může býti tedy považován za rozhodný ve smyslu kladném. Spor ten měl větší význam než pouze konstatování faktu, zda v konkrétním případě byl spáchán delikt proti mezinárodnímu právu čili nic a o praktický důsledek toho, třeba velice důležitý, na čí straně ve válce bylo právo a která strana je povinna odškodniti protivníka za spáchané bezprávi (o čemž rozhoduje ovšem vždy výsledek války více než právní postavení účastníků). Šlo zde o daleko více: šlo o to, zůstane-li v platnosti zásada, že od závazků založených mezinárodními smlouvami nelze jednostranně odstupovati, tedy o jednu ze stěžejních zásad mezinárodního práva. Platnost zásady té byla popírána přívrženci theorie o právu z nouze, neboť poukaz na stav nouze ospravedlňující porušení závazku nutně by se v praxi

*) Tak již v r. 1915 vyšly články Lammaschův „Vertragstreue im Völkerrecht“ v Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.

rozšířil na pouhou výhodnost a prospěch z takového jednání plynoucí a stav nouze stal by se momentem, který by ohrožoval existenci mezinárodního práva v samých kořenech. Tato tendence, neuznání vůbec dosavadního mezinárodního práva, které zásadně přiznává všem státům bez zřetele k velikosti a síle stejná práva, byla rozšířena v Německu zejména v první vítězné fázi války do té míry, že pronikl i do vědeckých kruhů názor, že německý národ, předurčen jsa k světovládě, není vázán vůči ostatním národům žádnými závazky, smlouvami či vůbec ohledy a že naopak prospěje nejvíce civilisaci, jestliže vnutí svoje vynikající vlastnosti, svoji vládní soustavu a svoje panství všem ostatním národům, třeba násilím.

Tento imperialismus, který dosáhl, jak je ještě v čerstvé paměti, ohromného rozšíření a intensity, byl, jako ostatně každý imperialismus, velmi nebezpečný celému mezinárodnímu právu. Případ porušení belgické a lucemburské neutrality je toho nejpatrnějším dokladem. Vítězství Německa ve světové válce bylo by nejen ponechalo bezprávi na Belgii spáchané neodčiněno, ale bylo by mělo v zápětí, ne snad zánik mezinárodního práva, neboť k tomu nebylo by ani vítězné Německo dosti mocné — avšak přerušeni jeho vývoje snad na dlouhou dobu nebo úpadek, z něhož by se jen ztěžka vracelo k novému rozvoji. Bylo v tomto směru charakteristické pro smýšlení obou vůdčích válčících stran, že, kdežto na straně Německa se jevily snahy, které mezinárodní právo s větší nebo menší otevřeností negovaly, byl postaven se strany Anglie*) jako jeden z válečných cílů požadavek utvrzení mezinárodního společenství a mezinárodního práva. Skutečně pak vítězství dohodových mocností**) mělo v zápětí utvoření Společnost národů, kterou měly býti postaveny mezinárodní styky států na pevný základ a třeba by tato instituce dosud ani nenabyla většího vlivu na uspořádání přítomných rozháraných poměrů evropských ani posud nesplnila nadějí do ní kladených, jest přece dalším krokem k solidaritě lidstva a upevnění mezinárodního práva.

*) To bylo nejpatrnější ve stadiu války v letech 1915—16, kdy anglickým min. předsedou války Lloyd Georgem vytčený válečný cíl Svaz národů byl s německé strany odmítán jednomyslně jako utopie nehodící se k tomu, aby se jí vážný státník zabýval.

**) Působily tu ovšem ještě různé jiné vlivy, revoluce ruská, vstup Spojených států severoamerických do války, stanovisko Wilsonové atd.

V tom tkví význam porušení belgické a lucemburské neutrality pro mezinárodní právo, neboť tato neutralita stala se jakýmsi zkušebním kamenem, na kterém mělo se osvěčiti, jak pohližeji válčící strany na závazky uložené mezinárodním právem a jak dovedou je respektovati v okamžiku vášni a nebezpečí, které velká válka s sebou přináší.

Přímo životní zájem na tom, aby respektována byla v podobných případech nedotknutelnost neutrálního území, mají malé a slabé státy, zejména ony, které svou vnitrozemskou polohou a přímým sousedstvím s velmocemi mohou snadno se ocitnouti ve středu válečného konfliktu, jako jsou právě Lucembursko, Belgie, Švýcarsko a též Československo.

Jest nesporno, že trvalá neutralita určitého státu založená smlouvami mezi velmocemi a jimi i garantovaná, utrpěla v důsledku porušení neutrality lucemburské a belgické značně na své praktické ceně, když se ukázalo, že přes veškeré tyto smlouvy musila Belgie sáhnouti ku zbrani k ochraně svého území, a vésti dlouhou hroznou válku právě proti jednomu z garantů této smlouvy. Vyskytovaly se dokonce pochybnosti, má-li taková neutralita ještě vůbec nějakou cenu a není-li spíše nebezpečím pro stát neutralisovaný, který ukolébává v jakýsi stav zdánlivé bezpečnosti*) a nebylo-li by lépe pro budoucnost od takových smluv upustiti.

Jisto je ovšem, že hodnota instituce trvalé neutrality založené mezinárodními smlouvami je přímo závislá na hodnotě mezinárodních smluv a závazků vůbec. Nebylo-li dosud všeobecně možno přímo nebo nepřímo vynutiti plnění mezinárodních závazků, neposkytovala ani trvalá neutralita ani její garantování jinými státy bezpečné ochrany státu neutralisovanému, zejména v případě velkého konfliktu mezi větším počtem států.**)

Přes to však lze doufati, že jednak výsledek světové války odstraší napříště státy, které by se chtěly řídití příkladem, jaký poskytlo Německo a zvláště zřízení Společnosti národů bude mítí v zápětí větší respektování mezinárodních smluv vůbec. Statut

*) Tak profesor právnické fakulty pařížské university A. Pillet: *La guerre actuelle et le droit des gens VII. část v Revue générale. d. dr. int. p. r. 1916, str. 448 sl.*

**) Z české literatury sluší zde uvéstí podrobnou monografii a kritiku trvalé neutrality od Otakara Hoppe v Praze 1908.

Společnosti národů*) sice nikde nezmiňuje se výslovně o trvalé neutralitě a její ochraně, ale veškerá tendence jeho a zvláště články 18, 19 a 20 směřují k tomu, aby zaručeno bylo dodržování mezinárodních smluv, a tím ovšem též smluv, které zakládají nebo garantují trvalou neutralitu.

Pod ochranou Společnosti národů zůstane snad instituce trvalé neutrality oporou malým státům při stále vzrůstajícím rozjetí mezi státy slabými a velmocemi rostoucími rychleji počtem obyvatelstva a hospodářskou potenci a přispěje dále k tomu, že obmezeno bude řešení konfliktů mezistátních mocí zbraní.

LITERATURA.

Část všeobecná.

Národní shromáždění československé v prvním roce republiky. Vydalo předsednictvo Národního shromáždění. V Praze 1919. Stran 378 (vedle příloh).

Rok práce. Vydal tiskový odbor presidia ministerské rady. V Praze. V komisi nakladatelství Emil Šolc v Karlíně. Stran 216.

Leží před námi dvě oficiální publikace naší republiky. Jednak předsednictvo Národního shromáždění, jednak presidium ministerské rady podávají zprávu o činnosti hlavních orgánů obnoveného, pokud se týče nově zřízeného československého státu za prvý rok jeho trvání. Rozměrem svým větší publikace prvá referuje nejen o činnosti našeho ústavodárného a zákonodárného sboru v prvním roce republiky, nýbrž dotýká se, byť jen zcela stručně, i události předcházejících za světové války přímo zřízení československého státu, takže podává i příspěvky k dějinám prvních počátků našeho politického osamostatnění. Obě knihy mají velikou váhu již pro svůj oficiální ráz. Podávajíc četná úřední data a prvá publikace i texty důležitých historických projevů a dokumentů. Ročenka Národního shromáždění má mimo to i slavnostní ráz a přispěli do ní také někteří přední spisovatelé, členové našeho ústavodárného sboru. Význační účastníci české revoluce vylíčili nejen revoluční ovzduší českého lidu před rozpadnutím se bývalé rakousko-uherské monarchie, nýbrž i historické události převratu, odehravšího se v památný den 28. října 1918 i ve dnech následujících. Dr. Ant. Hajn a Dr. Přemysl Šámal líčí náladu českého národa po vyhlášení války, tajenou činnost českých politiků za persequční protičeské éry, seuběžnou práci našich lidí za hranicemi a vůbec události před zřízením Národního výboru. Zajímavé jsou zejména zprávy o t. zv. maffii, o níž již dříve ledacos proniklo do ve-

*) Články 1—26 mírové smlouvy versailleské a analogické články smlouvy st.-germainské.

fejnosti. Do r. 1916 nevystoupilo se na české straně nijak ještě z rezervy. V projevu Národního výboru, vydaném na podzim r. 1916, musel ještě na venek akcentován býti český zájem o dynastii a Rakousko, ale r. 1917 nastoupena byla již cesta přelomu. V květnu r. 1917 vydán byl památný projev českého spisovatelstva a několik dní nato státoprávní prohlášení „Českého svazu“. Posice naše byla tehdy arci již mnohem snadnější. Museloť pod tíhou událostí dojiti ke svolání říšské rady. V r. 1918 nebylo již nijak třeba skrývatí úmyslů. Od tříkrálové deklarace postoupilo se v dubnu k národní přísaze a v květnu ke kongresu utlačovaných národů v Praze. Očekávalo-li se ještě na podzim r. 1917, že Vídeň bude s našimi politiky jednati, v r. 1918 žádný přední politik český nestál už o kompromisy. Vyčkávalo se jen, kdy věc sama dozraje. V červenci r. 1918 soustředily se všechny české strany v Národním výboru a v ustavující schůzi (ze dne 13. července) usneseno bylo svolání k národu, uveřejněné druhého dne ve všech denních listech. Národní reprezentace naše proklamovala neohroženě „právo sebeurčení v samostatném, demokratickém státě československém s vlastní správou ve vlastním domě a pod vlastní svrchovaností“.

V článku „Národní výbor a 28. říjen“ líčí Dr. Frant. Soukup a Dr. Al. Rašín, jak došlo k samému převratu. Dne 19. října odmítal již Národní výbor jednání s Vídní. Pravil doslovně: „Česká otázka přestala býti otázkou vnitřní úpravy Rakousko-Uherska, stala se otázkou mezinárodní, a se všemi otázkami světovými společně bude řešena.“ Dne 25. října odjela do Švýcar delegace Národního výboru, aby vešla ve styk se členy československé vlády v Paříži. Společná schůze konala se v Ženevě ve dnech 28.--31. října. Habsburská dynastie prohlášena tam byla sesazenou. Neznámý dosud text protokolu o švýcarských ujednáních poprvé se tu uveřejňuje. Zajímavé jest i vyličení vlastního převratu v Praze dne 28. října. Předsednictvo Národního výboru bylo toho dne již od 6. hodiny ranní v permanenci. O polednách převzata byla správa země. Večer zakročeno také na zemském vojenském velitelství. V týž den 28. října večer přijel do Prahy Dr. Vavro Šrobár a ujal se hned za Slováky své funkce v předsednictvu Národního výboru. V 10 hodin večer byl podepsán prvý zákon československého státu, týkající se zřízení samostatného státního útvaru československého.

Dne 30. října konala se schůze Slovenské Národní rady v Turč. Sv. Martině. Zástupcové politických stran slovenských prohlásili, že slovenský národ jest částkou jazykově, osvětově i historicky jednotného národa československého. Jednota dvojdielného národa československého byla hotova. Po návratu české delegace ze Švýcarska dne 4. listopadu prohlášeno, že československý stát bude republikou a prof. Masaryk jejím prvním prezidentem.

Dne 14. listopadu zahájil předseda Národního výboru Dr. Kramář prvou schůzi Národního shromáždění, v níž habsburská dynastie sesazena, nový stát proklamován slavnostně republikou a za presidenta zvolen aklamací T. Masaryk.

Po člancích úvodních následuje obšírné vypsání činnosti Národního shromáždění československého v prvním roce republiky. Nejdříve se vykládá, jak vznikl náš ústavo- a zákonodárny sbor z Národního výboru, a sice podle klíče, podle něhož byl sestaven sám Národní výbor. Uvádějí se nejen čle-

nové presidia, nýbrž vypočítávají se i jednotlivé sněmovní výbory. Také členové vlády se jmenují. První vláda řídila stát, jak známo, do 8. července 1919. Předsedou byl Dr. Karel Kramář. Nová vláda měla v čele Vlastimila Tusara.

Dne 21. prosince 1918 vrátil se do vlasti prezident T. Masaryk. Již druhého dne přednesl slavnostní poselství Národnímu shromáždění. Celý ten památný akt otiskuje se v publikaci, právě tak jako odpověď Národního shromáždění, vyšlá z pera Dra. A. Hajna. Rovněž tak uveřejňují se programy obou prvních vlád, Kramářovy i Tusarovy, načež se přikročuje k vypsání vzájemných vztahů republiky se spřátelenou cizinou, jak se zračily v projevech Národního shromáždění. Uveřejňuje se překlad telegramu zasláného předsedou Tomáškem min. předsedovi francouzskému G. Clemenceauovi a odpověď zasláná francouzským vyslanectvím v Praze. Z ostatních dokumentů, v knize otištěných, uvésti dlužno zejména adresu, zaslanou slavnému bojovníku francouzskému za práva československého národa, Arnoštu Denisovi. Děkovací dopis proslulého francouzského historika připojen jest ke knize v rukopisném snímku a český překlad uveřejňuje se v textu publikace. Po slovném sdělení jiných důležitých projevů Národního shromáždění a odpovědí na ně následuje obšírné exposé ministra zahrani. věcí Dra. Beneše, podané v Národním shromáždění dne 30. září 1919.

Nemůžeme probíratí celý obsah zajímavé publikace předsednictva Národního shromáždění. Činí se v něm zmínka o všech bohatých událostech našeho ústavodárného a legislačního sboru v prvním roce. Tak věnována jest pozornost bratřím Slovákům a jejich zástupcům v Nár. shromáždění. Kniha dotýká se zejména i maďarské invase na Slovensko a zrádného jednání poslance A. Hlinky. Poučné jsou vývody min. Šrobára ve věcech týkajících se Slovenska. Lze se v nich dočísti, jaké důležité změny staly se hned v prvním roce republiky v oboru slovenského školství a vůbec v celém životě slovenském. Vykládá se i pitzburská smlouva ze 30. května 1918, již se neprávem dovolávala strana pátera Hlinky.

Z nejdůležitějších otázek, jimiž se obíralo Národní shromáždění, byla také otázka těšínská, o níž se píše na str. 206 a násl., dále otázka českých menšin v Rakousku, zejména ve Vídni. Hodně místa je věnováno základům ústavy československého státu, úpravě správy státní i samosprávy, otázkám kulturním a školským, hospedářským, sociálním a j. Ke knize připojen je seznam členů Nár. shromáždění, změny nastalé v jeho složení jakož i seznam úředníků Nár. shrom. Publikace jest opatřena i ilustracemi, podobiznami, pohledy na sněmovnu i obrázky z její síně. Ve vydávání bude se každoročně pokračovati, takže ročenky Národního shromáždění budou důležitým pramenem pro politické dějiny československého národa.

Pramenný význam má i druhá publikace, *Roč práce*, vydaná tiskovým odborem presidia ministerské rady. Nevystupuje sice na venek tak slavnostně jako ročenka Národního shromáždění, ale pro dějiny našeho státu je stejně důležitá. Podáváť úřední data o činnosti všech našich ministerstev v prvním roce republiky. Do jisté míry má kniha tato ještě větší význam než ročenka Národního shromáždění, neboť odhaluje nám clonu, již je širší veřejnosti utajena méně známá činnost státní správy. Již povaha činnosti sborů zákono-

dárných ve všech státech přináší s sebou, že všechny kreky parlamentu se dějí veřejně, před tváří celého národa, kdežto činnost státní správy je zrakům občanstva do značné míry utajena. Státní občan míváji příležitost nahlížeti do tajů exekutivy z pravidla teprve tenkrát, když sber zákonodárný, vykonáváje právo dozeru nad správou, přivádí na přetřes jednotlivé otázky státní správy. Jinak zůstává činnost exekutivy pokryta jakýmsi pláštěm taje, i když běží o státní správu republiky. Zkušenost tato platí hlavně o úředních údajích a číslicích. Pokud státní správou samou přímo nejsou publikovány, bývá jednotlivcům těžko si je opatřiti. Vítáme proto i druhou ze shora uvedených publikací. Bude-li také presidium ministerské rady vydávati stálé ročenky o činnosti nejvyšších orgánů státní správy, bude napsání politických dějin našeho národa značně ulehčeno.

Kniha „Rok práce“ skládá se vedle předmluvy z 15 oddílů. V každém z nich vylučuje se činnost jednoho ministerstva. Počiná se českou prací zahraniční, načež následuje obraz činnosti ministerstva národní obrany, ministerstva vnitra a postupně jiných ministerstev. Končí se statí psanou slovensky „Administrácia na Slovensku“. Poučná jest jmenovitě část týkající se národní obrany. O ní platí nejvíce to, co jsme pravili, o důležitosti úředních dat. Bez podobných informací, jaké jsou tu podány, nevěděli bychom ničeho o obtížích, jak byla téměř z ničeho organisována československá branná moc.

K. K.

Hodža Milan, Československý rozkol. Príspevky k dejinám slovenčiny. Turč. Sv. Martin, 1920. Stran 400.

Škultéty Jozef, Sto dvadsaťpäť rokov zo slovenského života. 1790—1914. Odpoveď na knihu dr. Milana Hodžu. V Turč. Sv. Martine, 1920. Stran 148.

Dva vynikající Slováci podávají tu stručné dějiny vzniku literárního jazyka slovenského. Spis druhý je polemický. Vyvolán byl prací prvou. Zásadně různá stanoviska patrna jsou již z titulu obou knih. Hodžovi jest zavedení spisovné slovenštiny místo dřívějšího literárního jazyka českého rozkolem, Škultéty však nevidí v přijetí slovenštiny žádného roztržení československé národní jednoty, peněvadž pravé jednoty vlastně ani nebylo! Slováci vyvíjeli se následkem tisícileté přehrady mezi nimi a Čechy svým vlastním, osobitým způsobem. Proto Bernolákovci a Štúrovci neodtrhli prý Slovákův od Čechův. Naopak, Slováci našli prý se s Čechy teprv od vystoupení Bernolákovců a zejména Štúrovců (str. 120). Škultéty nejen že se na věc dívá jinak než Hodža, ale jemu je dokonce proti mysli, že v době, kdy setva vznikl stát československý a kde je třeba jej konsolidovati a vystřihati se všeho, co by mohlo sebe méně škoditi jednotě mezi Čechy a Slováky, vychází kniha, která může onu jednotu ohrožovati. Nebylo-li jednoty dříve, táže se Škultéty (str. 80), co to vadí dnes, kdy Češi a Slováci žijí už v jednom státě, čeho se nedosáhlo ani slavnými dějinami 9. století! Když už je jednou propast překročena, nač se zastavovat a pohlížením do ní otravovat ducha? Spíše si máme zavýsknout a s nadšením chápati se práce, pustit se do velikého úkolu.

Než všimněme si již obou prací! Milan Hodža líčí na počátku své knihy, že českoslovenština stala se z vnitřních příčin spisovnou řečí na Slovensku.

České přílivy na Slovensko daly se již ve stol. 11., 12., 13. a 14. Slovenština a čeština nebyly v době předhusitské různými jazykovými jednotkami, nýbrž slovenština byla jen „starší sestrou staročeštiny“. Zvukoslové odchylky nové češtiny od jazyka starého vyvíjely se vlivem německým teprve ve stol. 13. až 16. Mocný vývoj jazyka v Čechách, v centru bujného politického a kulturního života, způsobil, že česká forma jazyka stala se mezi československými nářečímí panující. „Národ český čili slovenský“ uznán byl ve Verbočzyově Tripartitu i v zák. čl. 13. z r. 1608, jakož i v zák. čl. 44. z r. 1699. Za politického a národního úpadku v českých zemích ve stol. 17. přenáší se těžiště československého písemnictví na Slovensko. Zvláštní slovenské prvky ve společné řeči objevují se od první čtvrtiny 17. stol., ale jsou starší.

Z ideologie zednářských loží uherské šlechty vyrostla ve druhé pol. 18. stol. moderní myšlenka „národa uherského“, rozuměj maďarského. K životu národnímu chtěl buditi tehdy Slováci katol. kněz Ant. Bernolák. Když vystoupil r. 1787 se svou slovenštinou (západním nářečím), bylo mu k tomu důvodem, že čeština byla tehdy v úplném úpadku; jako by jí vůbec ani nebylo. Ale příčina československého rozkolu byla podle Hodže vlastně hlubší. Působil tu i odchýlný politický vývoj uherský. České probuzení na konci stol. 18. vytrysklo z individualistických a emancipačních snah nižších vrstev českého národa a bylo demokratické. Naproti tomu slovenská národní myšlenka vyplynula ze zřídla konservativního světového názoru, takže se octlá pod jednou střešou s maďarským sociálním (šlechtickým) zpátečnictvím (str. 75). Ani momenty citové nebyly při rozluce bez významu. Nechuť k protestantské českoslovenštině stupňovala se u Bernolákovou (katolíků) na tlumenou nenávist ze důvodů církevních. Bernolákův pokus ztroskotat nejen pro svou nevypracovanost, ale hlavně proto, že na sklonku 18. stol. bylo u Slováků do národního probuzení ještě daleko.

V evangelickém světě slovenském, původně pasivním, objevuje se v 30. a 40. letech 19. stol. souběžný politický ruch, a sice s myšlenkovým obzorem německým (str. 85). Proti separatismu slovenskému byl Šafařík a Kollár. Autor „Slávy dcery“ vrátil Slováci do ideové jednoty československé, takže v 30. letech 19. stol. nebylo na Slovensku zásadního separatismu. Na sklonku 30. let vynořila se mezi mladými Slováci myšlenka politického slovenského časopisu. Měl vycházeti ve spisovném jazyku československém. Českoslovenštiny drželi se tehdy všichni tři potomní zakladatelé nového literárního jazyka slovenského, Hodža, Hurban i Štúr.

Na podzim r. 1842 nastal najednou silný obrat. Způsobil jej Štúr, který po svých hallekých studiích na podzim r. 1840 zaujal na bratislavském lyceu suplenturu. Vlivem hegelovské filosofie přisuzoval Slovanům velikou kulturní budoucnost. Slovanstvo vystřídá v dějinách období germánské a bude vévoditi jako vyvolený národ. Touto svou theorií vznítí Štúr až do extase slovenskou mládež v Bratislavě. Třetího roku po svém návratu z Halle počal bořiti dosavadní československou literární jednotu a pracovat o rozluce. S počátku stál jen v pozadí; dříve vystupovaly veřejně osoby jiné, zejména Hurban, který v červnu r. 1844 vydal druhý ročník své „Nitry“ už po středoslovensku. Nový literární jazyk dostal proto název „hurbančiny“. Na obrat u Štúra nepůsobil jen duch hegelovské filosofie, nýbrž nové politické poměry

v Uhrách a i v celé habsburské monarchii. Dne 5. května 1840 vrátil se z tříročního vězení Ludvík Kossuth, lžiliberal, který se postavil v čelo tehdejšího národního hnutí maďarského. Proti ztřeštěným snahám Maďarů bylo třeba uherským národnostem se brániti. Chorvaté vedli si statečně; uzavřeli spolek s Vídní. Kde měli Slováci hledat oporu ve svých bojích s Maďary? V Čechách a na Moravě tvořil se teprve nový politický obzor s plánem federativního Rakouska. Hr. Lev Thun vydal r. 1842 a 1843 dvě politické brožury, jež stály na stanovisku austroslavismu. Druhá z nich vypořádávala se s druhem Kossuthovým Frant. Pulszkým. K Vídní obraceli pozornost Slováků nejen Chorvaté, nýbrž i Thun a zejména státní ministr Kolovrat, dobře známý s Kollárem. Od r. 1839 stále si všímal Slováků a měl je k tomu, aby vyhledávali spojení s trůnem. Kossuthův liberalism zahnal do národního tábora také drobnou šlechtu slovenskou. Štúr toho použil a hledal pro snahy své oporu i mezi národním zemanstvem, jež mu na podzim r. 1842 nabízelo přimluvu u vlády ve věci povolení slovenských novin.

Různé okolnosti vedly Štúra k tomu, aby se trhl od společného jazyka Čechů a Slováků a aby založil pro Slováky nový jazyk literární, za nějž vybral střední slovenštinu. Důvody jeho pro rozluhu uvedeny jsou ve spise vyšlém teprve r. 1846, *Nářečja slovenskuo*. Slováci nemají jen zvláštní jazyk, odchýlný od českého, nýbrž jsou i zvláštní národní individualitou. Jazykem svým musejí psáti i z důvodů politických, aby se mohli v uherské své vlasti uplatniti i v životě veřejném. Jen řeč domácí, již lid v zemi užívá a již mluví, má prý naději na povznesení. Plně dáváme Hodžovi za pravdu, že přední kapitolou v dějinách samostatné slovenčiny bylo, aby kmeni slovenskému dány byly vnější a politické atributy uherského vlastenectví (str. 194).

Ve prospěch své národnosti chtěl Štúr pracovati v novinách. Od r. 1841, kdy ještě neuzrál v něm úmysl bojovati za spisovný jazyk slovenský, domáhal se úředního povolení novin pro Slovensko. Marné byly však kroky podnikané za tím účelem u budínské mistodržitelské rady. Ani opětným rekursům nebylo vyhověno. Štúr a přátelé jeho obrátili se tedy do Vídně. Koncem dubna 1844 představilo se arciknížeti Ludvíkovi ve Vídni slovenské poselstvo, jež předložilo žádost o povolení novin. Tentokrát měl Štúr větší štěstí. Koncem r. 1844 doporučil policejní ministr hr. Sedlnický jeho žádost a v polovici ledna r. 1845 podepsal již císař rozhodnutí o povolení slovenských novin. V srpnu r. 1845 počaly *Národňje Slovenskje Novini* vycházeti.

Objevení se Štúrova časopisu v jazyku slovenském mělo neobyčejný účinek. V době dvou let vyšlo na 20 větších i menších slovenských spisů. V nové spisovné řeči vycházelo i několik časopisů. Vedle Štúrových Novin byl to *Orol Tatránski*, a r. 1846 učiněn i pokus o vědeckou revue, *Hurbanovy Slovenské Pohľady*. Proti Štúrově jazykové novotě postavil se však Kollár, který hájil písemné češtiny. Vzešla z toho prudká polemika mezi Kollárem a Štúrem. Oposice byla tak silná, že v druhé polovici r. 1846 odvraceli se od Novin odběratelé ve velikém počtu. Proti rozkolu vydání byli r. 1846 v Praze „Hlasové o potřebě jednoty spisovného jazyka pro Čechy, Moravany a Slováky“. Pro jednotu jazyka vystoupili zejména všichni tři literární koryfeové čeští, Jungmann, Šafařík a Palacký. Slova Palackého po-

pučila Dra. Hurbana. Ve Slovenských Pohl'adech (1846) odpovídal způsobem velmi neslušným.

Do polemiky zasáhl i Michal Hodža. Obšírný spis jeho, tehdy Orlem Tatranským neuveřejněný, vyšel teprve po dvou letech v rozšířené formě pod názvem „Větin • slovenčině“.

V Čachticích dne 10. srpna 1847 na společné schůzi slovenských evangeliků a katolíků bylo dílo rozkolu dovršeno, když zatím na počátku r. 1847 vyšel Hodžův Epigenes Slovenicus, v němž se Štúrův jazyk opravuje. Tatrin konal tehdy v Čachticích své čtvrté shromáždění. Pod předsednictvím „přednosty“ Tatrina, M. Hodže, sešlo se 57 nejčelnějších vlastenců, jak katolíků, tak evangeliků. Usnesli se opravit slovenčinu na základě Hodžova Epigenese a zvolili k tomu účelu zvláštní výbor. Vědecké vybudování slovenčiny připadlo pak M. Hattalovi. Práce jeho sloužila za podklad schůze čachtického výboru, konané r. 1851 v Prešpurku. Výbor přijal Hodžův pravopis, revidovaný Hattalou, a celou mluvnici tak, jak ji autor zpracoval.

Zatím vyvrácen byl r. 1849 stát maďarský. Otázka literárního jazyka na Slovensku vstoupila do nové fáze. Působením vídeňské politiky opuštěna byla slovenčina jako jazyk spisovný, a zavedena zase čeština aneb, jak ji tehdy zvali, staroslovenčina. Jen po krátkou dobu vycházely vídeňské „Slovenské Noviny“ v hodževsko-hattalovské slovenčině. Na konci r. 1849 nařídila jim vláda, aby psaly po „staroslovensku“ (česku). Do češtiny překládala se od r. 1851 v Budíně i „Zemský zákonník“, a v jazyku tom vydávány i mnohé nové spisy pro Slovensko. Sám Štúr vzdal se po prešpurském normativu z r. 1851 odporu proti literární češtině. Nová politická situace, nastalá r. 1859, odstranila u Slováků zase češtinu. Československá rozluka stala se r. 1860, praví Hodža, „tvrdou skutečností“ (str. 333). Slováci uviděli však brzo po zavedení rakousko-uherského dualismu, že si slovenčinou postavení své v Uhrách nezlepšili. Maďaři pozavírali jim střední školy a r. 1875 zrušili i Slovenskou Matici. Slováci dočkali se i pověstného výroku min. Kelomana Tiszy, že není slovenského národa. Reakcí proti tomu měl být návrat Slováků k češtině. Šestý svazek „Nitry“ vydán byl Hurbanem zase po česku. Ale Hurbanův pokus o návrat ztroskotál. Slováci zůstali již při své slovenčině, ovšem bez ambicí vytvořiti speciální svou literaturu vědeckou. V obru vědy měla tedy u nich čeština zůstatí.

Všechny své vývody snaží se autor podepřítí hojným pramenným materiálem. Čerpal nejen z tištěných spisů, nýbrž sáhl i k láte archivové. Kniha jeho vyznačuje se již na první pohled nesporným kriticismem. Na hlavní činitele rozluky, Štúra, Hurbana a Hodžu, a vůbec na celou dobu dívá se zrakem vzdáleného sice, ale za to tím objektivnějšího pozorovatele, který dobře dovede rezeznati světlé i temné stránky vystupujících osob. Štúr je mu sice velikou osobností, ale to nevádí, aby ji zkoumal kriticky. Plně dáváme mu za pravdu, že slovenčina byla politicum hungaricum. Ukázalo se to nejen v letech čtyřicátých 19. stol., nýbrž i za pozdějších změn politické situace v Uhrách. Sympatické je nám také Hodžovo stanovisko v otázce literárního jazyka československého. Přiznává se k československé jazykové jednotě. Také jemu jest, podobně jako Šafaříkovi, poměr slovenčiny k češtině jako kruh v kruhu. V předmluvě k svému spisu (str. 13) praví,

že samostatná slovenčina jako výtvar ryze jazykovědný má nedocenitelný dosah mravní a kulturní, a (na str. 14) že ani samé české kultuře není slovenčina bezcenným idiomem. „Česká kultura i český jazyk budou potřebovat osvícení, najdú ho v návrate k svojej vlastnej podstate, a tá je v rýdzych studniciach na Slovensku. Jednote a súručénstvu v práci kultúrnej nebude dvojný výraz československého jazyka nijako na závade“. Podle mínění autora není ve své dnešní formě dokonalá ani čeština, ani slovenčina. Vzájemné vlivy, tvaroslovné a slovníkové, z Čech na Slovensko, skladbové a frazeologické ze Slovenska do Čech, působily dříve a budou působiti tím více nyní. Obě formy českoslovenčiny chtějí nechť budou se doplňovati.

Z obavy, aby připomínání starých sporů zbytečně nerozdvojovalo Čechy a Slováky, uveřejnil J. Škultéty pod titulem shora uvedeným svou polemicou odpověď na knihu M. Hodžovu. Nesouhlasí se základním nazíráním na věc, vykládá Škultéty v první polovici svého spisu slovenské probuzení s vlastního svého hlediska bez formy polemické. Polemickou stává se odpověď jeho teprve v druhé své části (str. 70—148).

V kapitole první spisovatel líčí začátky slovenského probuzení a činnost Bernolákovu. Naproti Hodžovi vykládá podobně jako Pypin, že začátky uvědomění slovenského jsou jen článkem v řetězu velkých proměn, jež nastaly v duševním životě národů ve druhé pol. 18. stol. Bernolákova gramatika vyšla r. 1790, právě tehdy, kdy na uherském sněmu vystoupil maďarism s touž nesnášlivostí, kterou se vyznačoval potom po více než jedno století. Podle Marczalia (Az 1790—91 országggyűlés, 2 sv., vyd. Maď. Akad. 1907) protivili se tehdy maďarisaci v Uhrách jen Slováci. Za to dynastie byla na straně Maďarů. Zajímavá je poznámka Škultétyho, že Jos. Hajnóci, syn slovenského kněze, byl duší liberálního hnutí, jehož hlavní představitelé zemřeli r. 1795 na popravišti po budinskými hradbami, hnutí, jež povstalo již za Josefa II. a zve se obyčejně Martinovičovským spiknutím, ač Ignác Martinovič neměl ani přibližně toho vzdělání a agitátorského nadání jako Hajnóci.

Slováci vystupovali tehdy čile, ale podle autora podmanil si je zemský duch, hungarism, který byl pro ně neplodný. Co se dalo na Slovensku, všechno mělo jen jakýsi kulturní význam. Účinků, budících národnost, duševní snahy čilých evangelických Slováků podle Škultétyho téměř neměly až po Ribayovce, Tablice a Kollára.

Spisovatel obrací pozornost nejen ke snahám maďarisačním, nýbrž i ke germanisačnímu úsilí, s nímž museli Slováci bojovati od konce stol. 18. a na počátku 19. Ze škol, z Bratislavy i jiných větších měst, vracela se mládež domů poněmčená. Ve vzdělanější společnosti stala se německá řeč panující. Ani po vídeňském kongrese nebyla habsburská politika Slovanům příznivější. Metternich a jeho policie báli se panslavismu. Maďari upozorvavše to, hrozili stále tímto strašidlem a nepřestali dokazovat ve Vídni, že Slované jsou nebezpečím pro Uhry i dynastii. V 30. letech 19. stol. časopisy maďarské štvály již soustavně proti Slovákům z nenávisti, vzbuzené spisy Kollárovými, Hollého a Šafaříkovými.

Proti maďarisačním návrhům na sněmě v l. 1825—1827 slovenští členové sněmu dokazovali, že je nemožno dosazovati za úředníky jen lidi znající maďarsky. V horních Uhrách je prý snažší naučit se německy nebo

francouzsky než maďarsky. Slovenští páni v první třetině 19. stol. ještě ne-
uměli maďarsky, aspoň jich většina. Maďarské listy, jež známe z archivů
hornouherských už ve stol. 17., jsou ze značné části prací maďarských pi-
sařů. Ostatně, psány jsou takovou smíšeninou řeči maďarské a latiny, že
kdo neuměl latinsky, většině těch listů nerozuměl. Maďarský duch národní
budil se podle Škultétyho za spolku s Turky, za pomoci turecké v době pa-
nování Bočkaje, Betlena a prvních Rákócziů v Sedmihradech. Arcibiskup
Pázmány byl takovým horlivým Maďarem, že si dopisoval o národních zá-
jmech maďarských s hlavou protestantismu, kníž. Betlenem. Maďarství tak
se vzmohlo v té době, že slovenští zemané počali si maďarštit svá jména.
Po pokoření kuruckého odboje, po r. 1711, maďarský národní duch znova
ochabl, a nová doba maďarství nastala až od r. 1790. Největší překážku vi-
děli Maďaři již v první pol. 19. stol. ve Slovácích, a proto si proti nim po-
dínali nejfanatičtější. Ztotožnili se již tehdy se státem, a proto každý, kdo
chtěl nabýti moci, musel se stát Maďarem. Slovenští zemané jen po krátkou
dobu se maďarismu vzpírali. Nechtěli-li se zbavit významu, učili se maďar-
sky. S počátku šlo to z těžka, ale s přibýváním škol proces se ulehčoval.
Osud Uherska byl rozhodnut na sto let, praví Škultéty (str. 25).

V kapitole druhé Škultéty líčí prostředí, v němž působil v Bratislavě
L. Štúr. Ve druhé polovici 30. let 19. stol. postavil se v čelo tamní studující
mládeže. R. 1828 zřídili si slovenští lyceisté v Bratislavě slovanskou knihovnu
a mimo to i společnost československou, na jejíž schůzích se řečnilo a před-
čítaly literární práce. Prvým předsedou společnosti byl Palkovič. Náměstka
jeho volila si mládež mezi sebou. Po Palkovičovi převzal předsednictví prof.
Ševrlay; náměstkem byl od r. 1836 Štúr. Mládež slovenská přicházela do
Bratislavy národně neuvědomělá. Štúrovou prací bylo získávat jednotlivce
národu. Autor líčí horlivou jeho činnost. R. 1837 zakázala však místodržitel-
ská rada uherská spolky mládeže na evangel. školách. Slovenští nadšenci
nedali se zastrašiti. Prof. Ševrlay a Štúr zřídili Ústav literární, v němž Štúr
mezi jiným vyučoval slovanským dějinám a literaturám. Požívaje již dříve
důvěry profesorů, Štúr vyučoval i v nižších třídách gymnasijských česko-
slovenčině. Nejhorlivější činnost počal vyvíjeti ovšem teprv r. 1840, když se
vrátil z Halle. Přišel právě v tu dobu, kdy maďarismu počala sloužiti i správa
evangelické církve. Nový generální inspektor této církve, hr. Karel Zay, dal
se cele do služby maďarismu. R. 1841 generální konvent evangelický jme-
noval výbor, který měl připravit sjednocení luteránů s kalvinisty v jednu
církve. V unii měli být luteránští Slováci majorisováni kalvinskými Maďary.
Zásluhou Jos. Hurbana, který vydal r. 1846 proti spojení takovému brožuru
„Unia“, byly maďarské úklady zmařeny.

V bojích svých se Slovany spojili se Maďaři už tehdy s Němci. Vidno
to z brožury Wesselényiovy „Szózat“ (1843). Později propagoval myšlenku
spolku maďarskoněmeckého zejména bar. Josef Eötvös.

Proti Zayovým krokům maďarisačním umínil si Štúr působiti publicis-
ticky. Chtěl původně také, aby Slováci podali petici ke sněmu. Později se
však od petice upustilo, ale za to v červnu r. 1842 podána byla petice k pa-
nevníkovi. Společným úsilím Štúrovým a Kollárovým byl v čele deputace
získán superintendent Pavel Jozeffy. Ve své petici prosili Slováci, soustavně

podezřívání, o ochranu královu. Pro slovenské spisy žádali dva censory a aby i obranné spisy slovenského národa mohly být uveřejňovány. Stolica slovenské řeči a literatury na bratislavském lyceu měla být potvrzena. Na universitě pešťské domáhali se zřízení stolice pro slovanské řeči a literatury. Pro matriky a církevní knihy měla být zachována latina. Bohoslužba v mateřštině měla požívat ochrany. Aby palatin Josef, nenávidící Slováky, neuzavíral vídeňskou akci, předložili mu Slováci obsah petice. Nepochodili ovšem. Právě palatin zmařil ve Vídni vyhovění jejich žádostem.

Všechno to nezastrašilo Štúrovce. Používali nových a nových prostředků obrany. Po palatinově odpovědi na petici ke králi konali přípravy zavést slovenčinu za spisovný jazyk. V Pešti, jakmile to zpozorovali, sesílili svůj teror. V červnu r. 1843, když se skončil školní rok, objevila se v Bratislavě vyšetřující komise, vyslaná generálním konventem a složená ze samých přepjatých maďarských politiků. Chtěli odstranit Štúra. Ačkoli komise neshledala nic závadného, byl přece Štúr téhož roku 1843 odstraněn s katedry, kterou si Slováci r. 1803 zřídili a soukromými vlastními prostředky udržovali.

Účinky násilí bylo viděti r. 1844. Nikdo ze starších vlastenců netroufal si připojit se k nové deputaci do Vídne. Šli jen dva mladí kněží z nejbližších přátel Štúrových, Jos. Hurban a Lad. Paulíny.

Podle Škultétyho byly by pro Slováky následovaly ještě horší časy, kdyby L. Štúr a přátelé jeho byli se dali zastrašit. Aktuální stávala se otázka povolení slovenských novin. Po nezdaru v Budíně hledal Kellár spojení se zemaný. Ti měli podporovati věc slovenskou. Tak se stalo, že žádost o povolení slovenských novin podepsalo i mnoho turčanských zemanů. Nejvíce prospěl arci Štúrovi chorvatský magnát bar. Kulmer, u dvora persona grata. Jeho pomocí konečně dáno svolení k vydávání slovenských novin.

Tak, jak Škultéty věc líčí, došlo k zavedení literární slovenčiny váhou všech tehdejších politických a národnostních poměrů. Štúr jednal zcela správně, když se chopil jako nového účinného prostředku proti maďarisaci jazyka lidu. Výklad Hodžův Škultéty nesechvaluje a v další části spisu svého s Hodžou stále polemizuje. Nemůžeme tu spisovatele v polemice jeho stopovati. Jisto je, že leckterý úsudek Hodžův opravuje a že mnohé jeho tvrzení vyvrátil, ale přece se nám zdá, že je příliš přísným soudcem a že zásadně odchylné stanovisko mu nedevolilo, aby správně pochopil autora „Česko-slovenského rozkolu“. Na nás, kteří stojíme opodál celého sporu a nemáme tedy zajisté zrak zakalený straněním ani jedné, ani druhé straně, neučiní spis Hodžův toho dojmu, že by v něm Štúr byl zobrazován jako osobnost „temných, nedobrých úmyslů“, jak to vytýká na str. 70. Škultéty, anebo dokonce že by Štúr byl líčen jako nějaký maďarón. Naopak, kniha Hodževa svědčí po našem mínění o tom, že autor její snažil se vyličit osoby i události co nejsprávněji, i když sem tam vloudilo se mu nějaké nedopatření.

Nejzajímavější pro nás z druhé části spisu Škultétyova jsou místa, kde se vykládá o šíření se spisovné češtiny mezi Slováky. Dobře praví autor (str. 76), že podmínkou spisovného jazyka jsou poměry moci, ne fonetika nářečí. S tohoto hlediska všimá si tedy češtiny na Slovensku. Že se Slováci spisovným jazykem od Čechů neoddálili, připisuje zejména vlivu Karlovy

university do 14. stol. Správně také ukazuje na to, že češtině podlehly v 15. stol. všechny západoslovanské spisovné jazyky. Z horních Uher mnozí studovali na pražské universitě a přinášeli sebou domů znalost českého jazyka. Válkami vedenými s obou stran moravsko-uherské hranice odcizovali se však Češi a Slováci jedni druhým. Slováci cítili solidaritu ne s Moravany a Čechy, nýbrž s Maďary. Účinky češtiny na Slováky časem se tratily. Ke konci 16. stol. přerůstala slovenčina v horních Uhrách už češtinu (str. 77). Užívalo se nejen slovenských slov a tvarů, nýbrž slovenčila se i skladba. A dále prý se to vědomě. Tento proud přetržen byl událostmi, jež následovaly v Čechách a na Moravě po bělohorské bitvě. Čeští a moravští exulanti ve značném počtu přišli na Slovensko i se svými knihami. Čeští kněží v slovenských seniorátech dostali se i do far. Čeští bratři měli ve Skalici, Púchově a Lednici i své církevní sbory. V Trenčíně r. 1632 čeští vyhnanci založili si tiskárnu a měli později vliv i na púchovskou, žilinskou, levočskou a jiné tiskárny: V Levoči vyšel r. 1636 kancionál Jiřího Třanovského Citarar Sanctorum, sestavený v přesné češtině. I tak šířil se spisovný český jazyk. Češtění literární řeči tak zvítězilo, že i katolíci slovenští, kteří ze zásady se mu vzpírali, začali se poddávati češtině (srov. Rituale Strigoniense z r. 1625). Ovšem, stále se čeština nezakořenila ani tehdy, i když nejčinnější lidé nového pokolení, jako Daniel Krman, Matěj Bel, Jakobei a Pavel Doležal se přidrželi jazyka Třanovského a měli na čas opět převahu (str. 79). Od konce stol. 18. čeština počala zase slábnouti (str. 89). Nyní byl proti ní i zvláštní duch doby. Nebýt od dvacátých let 19. stol. Kollárovy Slávy Dcery, byla by čeština na Slovensku sama sebou zanikla. Sám Kollár od svého článku Myšlenky o libozvučnosti řeči vůbec, obzvláště československé byl s češtinou ve stálém boji. Maďaři viděli, jak od konce 18. stol. vznikaly literatury malých slovanských národů a jak rostlo slovanské národní vědomí (str. 90). Věděli prý také, že v 16., 17. a 18. stol. za češtiny vyvíjel se hungarism, ale jak od konce 18. stol. začala zdvihat hlavu slovenčina, že se jí v zápětí ukazoval duch, nesrovnávající se nejen s maďarismem, ale ani s hungarismem. Dostačil prý jim příklad Matěje Bela, skutečného maďarona.

S tímto míněním autorovým těžko je nám souhlasit. Maďaři, odjakživa dobří politikové, nemohli nevědět, že hungarism Slováků v 16.—18. stol. a čeština jejich nebyly v nejmenší souvislosti. Tehdy přece Maďaři nevybočovali ještě z mezí rozumu a práva a sami jsouce národnostně malí, netiskovali a nemohli utiskovat jiných národností. Kdyby byli zůstali střízlivými i ve stol. 19., hungarism nebyl by vymizel mezi nemaďarskými národnostmi, ať by byly užívaly jakéhokoli spisovného jazyka. Přemrštěncům maďarským muselo být lhostejno, píšou-li Slováci slovensky či česky. Jim stačilo, že se vzpírali maďarštině. Jen většina předních Slováků se v době Štúrově domnívala, že spisovný domácí jazyk národnost zachrání, ať už proto, že v bojích s Maďary bude to účinnější prostředek než méně známá čeština, či proto, že opuštěním češtiny odpadne podezření, že Slováci jsou panslavisté, jak stále byli podezříváni.

Česká veřejnost bude zajisté vděčna oběma autorům za zajímavé jejich knihy. Odporující si navzájem stanoviska nebudou českému čtenáři vaditi. Netýkají se nynějšího ani budoucího našeho poměru ke Slovákům, nýbrž

jen minulosti. Hlavní věcí jest, že čtenářstvo české se z obou knih hojně poučí. I když úvahy o ledačems, co vykládá Hodža, považuje Škultéty dnes, kdy stát náš setva byl zřízen, za nevhodné, českému čtenáři přijdeu výklady obou spisovatelů velmi vhod.

Karel Kadlec.

Nistor I. Der nationale Kampf in der Bukovina. București 1919. (S etnografickou mapou Bukoviny. Vydáno Rumunskou Akademií.)

Kniha vyšla ve svém jádru po rumunsku a sice pod názvem *Românii și Rutenii în Bucovina* (r. 1915). Ve formě německé je přepracováním původního spisu. Dokazuje se v ní, že Rumuni jsou nejstarším usazeným národem v Bukovině, a Rusíni že se teprve pozdě přistěhovali: Ačkoli si autor především všímá jen obou hlavních národů země, přihlíží vedle nich i k Němcům, Židům, Polákům, Maďarům, Lipovanům a Slovákům. Opírá se o četné prameny. Pouhý seznam použitých spisů zaujímá přes 7 stran. Obsah patrný je z nadpisu těchto 10 kapitol. I. Vztahy Rumunů k Rusínům od nejstarších dob až do 17. stol., II. Původ a rozšíření Huculů v Bukovině, III. Pronikání Rusínů z rovin do Bukoviny, IV. Číselný poměr mezi Rumuny a Rusíny v Buk. v době zabrání země (Rakouskem), V. Snahy řeckokatol. biskupů, VI. Stěhování z Moldavska, VII. Severobukovinští Rumuni v boji s Rusíny, VIII. Vystěhovalectví z Bukoviny a jeho příčiny, IX. Politická a číselná převaha rumunského živlu v Bukovině od r. 1848, X. Protivy mezi Rumuny a Rusíny od r. 1848 až do přítomnosti. Ke konci připojen je rejstřík jmen a věcí.

K. K.

Právní filosofie.

Weyr: *Základy filosofie právní.* Nauka o poznávání právníckém. — V Brně 1920. —

Kdo se zajímá o rozvoj české vědy právní jistě s radostí uvítal tento spis, jenž jest nejen prvním obsáhlejším původním českým spisem právně filosofickým, nýbrž i jakýmsi filosofickým vyznáním víry auktoru, jenž již řadou temperamentních článků a polemik ukázal, že v základním nazírání na právní vědu podstatně se uchyluje od způsobu obecně běžného. Při spisu takového rázu jest úkol kritiky dosti složitý. Nestačíť vyvracetí jednotlivé poučky poučkami desavadní vědy, poněvadž proti jejich základu právě auktor především bojuje. Proto má-li kritika splniti své vědecké poslání, tož rozborem kritisovaného učení se své strany přispěti k vyjasnění oněch problémů, o něž auktorovi jde, musí pominouti jednotlivosti a soustřediti svou pozornost na sám základ kritisovaného učení a to po dvou stránkách: totiž především, zda cesta, již auktor právní vědě vytyčuje, je schůdná, t. j., zda je logicky správná; a za druhé, zda je účelná, t. j., zda jistěji vede k cílům právní vědou sledovaným, než cesty doposud obvyklé. Neboť věda není sama sobě účelem, není pouhou hříčkou pojmů, nýbrž jest nástrojem poznání. Nemůže ovšem býti nástrojem poznání, co stíženo je logickou vadou; ale jsou myslitelný a vyskytují se, zvlášť v německé vědě, logicky správné

konstrukce, jež přes to nemůžeme pokládati za vědecký zisk, poněvadž nám selhávají právě tam, kde jich jako nástrojů poznání chceme použiti.

Druhá věc, jež činí kritiku spisu tohoto rázu obtížnou, jest tato: Povrchní čtenář velmi snadno zamění v kritice hájení odchýlného mínění s odsouzením. Poněvadž pak obhájce nového směru vždy je v nevýhodě proti zastancům vychozených cest v tom, že i ve vědě se uplatňuje zákon setrvačnosti, jest tu vždy nebezpečí, že ten, kdo proti spisu, jako je Weyrova filosofie, chce zaujmouti odchýlné mínění, bude prohlášen za staromilce, ne-li zpátečníka, jenž nedovede pochopiti nových tendencí ve vědě. A tak i kritika, jejímž cílem není, než sloužiti zdravému vývoji vědy kritickým oceněním nových nauk mohla by u jedněch posílit odpor proti novým směrům, u druhých snahu vše nové nekriticky přijímati. Proto pokládám za nutno předem zdůrazniti, že i tam, kde nemohu souhlasiti s učením Weyrovým, vážím si jeho opravdové snahy klestiti vědě právní nové cesty. Často již ve vědě prokázalo mínění, jež se ukázalo vědecky neudržitelným, větší služby, než množství nepochybných pouček, a to právě tím, že vzbudilo kritiku a vedlo k rozboru otázek a stanovisek, jež by snad ještě dlouho zůstaly nepovšimnuty, kdyby odvážný auctor nebyl, třeba ukvapeně, se pokusil je vtělití ve své učení.

1. Právní filosofie Weyrova není právní filosofii v tom smyslu, jak tomuto slovu rozumějí laici hledající ve spisech právně filosofických odpověď na otázku, jaké by právo mělo býti, jaký by byl ideální stát, ideální řád hospodářský. Již podtitulem spisu naznačuje a v úvodě obšírně vykládá Weyr, že jeho právní filosofie je právní noetikou, naukou o podmínkách a mezích právního poznání.

Formulujeme-li s Weyrem takto problem právní filosofie, musíme býti připraveni na otázku: Má vůbec právní věda svou zvláštní noetiku, liší se skutečně poznání práva od poznání ostatních předmětů vědních tak, že by tu platily jiné zásady noetické než ve vědách jiných? Uvědomujeme si skutečně právo jinak, než na př. umění, mravnost, věci hmotné, pohyb hvězd? Nikomu jistě po Kantovi nenapadne, aby psal noetiku zoologie na rozdíl na př. od noetiky botanické, poněvadž víme, že podmínky a mezí poznání jsou při hmotných zjevech a zvláště při zjevech organických stejné. Máme-li tedy mluvit o zvláštní „nauce o poznávání právního“, musíme dokázati dvojí: především, že v rámci oněch předpokladů, na nichž budují jiné, na př. přírodní vědy, je právo nemyslitelné; a za druhé, že ony odchylky v podmínkách a mezích poznání jsou specifické pro poznání právního, neplatí tedy na př. stejně pro všechny vědy, jímž nejde o to, co jest, nýbrž o to, co býti má.

Dříve než s tohoto stanoviska posoudíme Weyrovo řešení problému zvláštní noetiky právního, nutno aspoň schematicky naznačiti vlastní smysl otázek, jež si tu klademe.

Noetika nezabývá se obsahem, nýbrž jen formami našeho poznání. Tyto formy jsou tedy předmětem, o němž něco vypovídáme. V tom směru dlužno přesně lišiti noetiku od ostatních věd. Ostatní vědy totiž nevypovídají o formách poznání, nýbrž používají těchto forem k tomu, aby jimi určitého obsahu myšlenkově se zmocnily. Tu pak musíme dále lišiti vědy

exaktní od věd historických či empirických. Vědy exaktní totiž v oněch apriorních formách myšlení, s nimiž nás obeznamuje noetika, zpracovávají myšlenkově konvenční na empirii nezávislý obsah. Nejde jim o myšlenkové zpracování skutečnosti, jak ji prožíváme, jmenovitě, jak ji smysly přímo vnímáme, nýbrž o stopování možnosti myšlení v dané formě skrytých. Tak v matematice podrobuje konvenční jednotku formám kvantitativního myšlení, uvědomujeme si možnosti vztahů kvantitativních, a podobně v geometrii pomocí bodu, jež neexistuje, si uvědomujeme možnosti vztahů prostorových. Prostorové chápání, jež je předmětem noetiky, je tedy v geometrii prostředkem, jímž vytváříme určité myšlenkové výtvoř, jež právě proto nazýváme geometrickými, že knim docházíme uplatňující svou schopnost prostorového chápání. Stejně pak, jako v exaktních vědách, používáme forem myšlení i ve vědách empirických, jen že tu neaplikujeme těchto forem na obsah konvenční, nýbrž na obsah empirii daný. Tu pak je důležité všimnouti si rozdílu, jež Rickert označil jako rozdíl mezi konstitutivními kategoriemi zjevu a metodologickými formami vědy oněmi zjevy se zabývající. Aby zkušenost byla možná, musí objekt vstoupiti do vědomí subjektu, t. j. musil jsem objekt vtělití svému vědomí, což není jinak možno, než, aplikují-li naň formy svého vnímání a myšlení. Kdybych nevnímal prostorově a časově, kdybych nemyslíl kausálně, nebyla by zkušenost možná. Tyto formy tedy teprve ze skutečnosti, v níž a s níž žijeme, činí naši zkušenost, něco do nás rozličného, jsou tedy v tomto smyslu tyto formy myšlení, o nichž se poučuji v noetice, konstitutivními kategoriemi zjevů. Co při každém uvědomování činím nevědmky, jaksi naivně, to ve vědě činím vědomě. Tam uvědomuji si mnohost zjevů, lokalisuji je v prostoru i čase, spojuji zvláště jednotlivé děje v kausální řetězy, v zákony. Tu tedy vědomě forem myšlení používám jako pomůcek k myšlenkovému ovládnutí skutečnosti nekonečně různé a stále se měnící, čili, tu používám té neb oné formy nebo kombinací jich jako metodických forem dané vědy. Rozumí se, že tu opět musíme lišiti používání těchto forem od vědy, jež nám je odkrývá, totiž od metodologie či konkrétní logiky. Poměr je tu stejný, jako nahoře jsme vyznačili poměr mezi noetikou a exaktní vědou; je to poměr dvojího aspektu, v němž můžeme si každý duševní stav uvědomiti, když jednou jej prožíváme, podruhé jej činíme objektem svého poznání. Je to poměr bolesti, již prožívám, k pojmu bolesti, který si tvořím.

Tyto, ovšem zcela schematicky naznačené rozdíly dlužno míti na mysli při posuzování spisu Weyrova. Neboť tvrdím-li s Weyrem, že ony formy myšlení, jichž používám v jiných na př. přírodních vědách, nestačí k tomu, abych poznal právo, mohu vědecky postupovati trojím způsobem:

1. Buď učiním předmětem svého zkoumání tyto zvláštní formy myšlení, a pak ovšem nebudu pěstovati vědu právní, nýbrž noetiku, stejně, jako nepěstují přírodní vědy, nýbrž noetiku, uvědomují-li si na př. ve stopách Kantovy kritiky čirého rozumu formy, v nichž jedině je myslitelný kterýkoliv hmotný zjev;

2. nebo mi jde o to, abych si uvědomil možnosti myšlení v rámci oněch speciálních pro právo charakteristických forem myšlení, a k tomu cíli naplním formy právního myšlení konvenčním obsahem, a pak podnikám analogickou práci, jako geometr, když formy prostorového myšlení stopuje podle

různých myslitelných vztahů konvenčních bodů v prostoru; pak tedy opět nepěstují právní vědu ve smyslu dnes obvyklém, nýbrž exaktní vědu právní, již asi nejvíce z dosavadních se blížili racionalističtí zastánci přirozeného práva, z novějších Stammler;

3. nebo konečně používám forem právního myšlení k tomu, abych si uvědomil skutečnost, ovšem pod zorným úhlem práva, tedy jednám stejně, jako přírodopisec, jenž stopuje empirické zjevy přírodní, jichž by si neuvědomil, kdyby nevnímal prostorově a časově a kdyby nemyslel kausálně; pak teprve pěstují empirickou vědu právní. V tomto třetím případě tedy jsou ony formy myšlení, jež pro právo jsou charakteristické, konstitutivními kategoriemi předmětu právní vědy, poněvadž bez nich, jak s Weyrem předpokládáme, bych nebyl s to, abych jakýkoliv obsah si uvědomil jako právo, stejně, jako si nemohu uvědomiti jakékoliv hmotné věci, aniž na skutečnost aplikuji ony formy myšlení, jež k tvorbě zkušenosti jsou nutné.

Uvědomíme-li si tak význam speciálních forem myšlení právního jako konstitutivních kategorií předmětu právní vědy, vzniká nám další otázka, jakými metodologickými formami tento výsek skutečnosti mohou zpracovávat vědečky. A tu nutno aspoň teoreticky připustiti dvojí možnost:

a) buď že ony zjevy, jež myslíme ve formách pro právo charakteristických a jež tím teprve se stávají možnými předměty zkušenosti, podrobím metodologickým formám věd přírodních, tedy je lokalisuji v prostoru a čase a zařaduji do řetězce příčin a účinků a pak pěstují vědu o právu, jako mohou pěstovati vědu o umění, o filosofii, nebo o věcech hmotných; nebo

b) že forem charakteristických pro myšlení právní použiji jako metodologických forem právní vědy k tomu, abych tvořil v těchto formách nové myšlenkové výtvořky, tedy nevypovídal o právu (kdy, kde a proč i jak působí), nýbrž vypovídal právo, tvořil na př. z materiálu mně pozitivním právem daného interpretací nové právní normy.

2. Otázku, proč je nemožno právo si uvědomiti ve formách, v nichž chápeme věci hmotné, Weyr podrobněji nerozebírá. Spokojuje se zjištěním, že jest prastarý a lidskému intelektu vrozený dualism mezi světem, jaký jest (dle kausálního zákona) a světem, jaký má býti dle určitých norem (str. 15.). Poněvadž pak norma je výrazem něčeho, co býti má (str. 18.), pro právní vědu pak předmětem poznávání jsou normy, plyne z toho beze všeho, že poznávání to jest normativní (ve smyslu zde vyloženém) a že tudíž věda právní patří do skupiny věd normativních (str. 35.). V této argumentaci jest, jak se mi zdá, mezera. Připustíme-li i, že právo nelze mysliti jinak, než jako součást světa, jenž býti má, nemůžeme z toho beze všeho vyvozovati, že by i věda těmito zvláštními předměty se zabývající, musila býti vybudována ve formách myšlení toho, co býti má. Weyr právě přehlíží rozdíl, ježž jsme nahoře vytkli pod 3. a) a b). Je-li totiž norma jako forma myšlení toho, co býti má, konstitutivní kategorií práva, neplyne z toho ještě, že by musila též býti metodologickou formou právní vědy.

Ani o tom, v čem vlastně tkví smysl a cíl právní vědy, Weyr se nešíří. Jen příležitostně (str. 170.) se zmiňuje: „Právní teorie, která zabývá se zjišťováním (podobných) pozitivně právních vět, stává se již právní dogmatikou a opouští tím obor všeobecné právní teorie, zabývající se metodickými

základy poznávání práva vůbec, ne ovšem v tom smyslu, že výsledky této mohla by ignorovati. Tyto dva, tak podstatně se od sebe lišící obory — metodiku a dogmatiku — měla by právní teorie přesně rozeznávatí." Srovnáme-li s tím, s jakou emfasi na jiných místech (na př. str. 188., 92., 101.) prohlašuje pozitivní právní řád za předmět právníckého poznávání, vidíme, že Weyr sám tohoto rozdílu nedoceníl. Neboť buď chci pěstovati vědu o formách (právního) myšlení a pak právě tyto formy jsou předmětem mého poznání, nebo mi jde o jiný předmět, jež v těchto formách chápu a pak právě již nepěstuji ani noetiku ani konkrétní logiku, nýbrž buď exaktní nebo empirickou vědu o tomto předmětu. Tu se Weyerovi mstí právě ono nedostatečné rozlišování mezi konstitutivními kategoriemi zjevu a metodologickými formami vědy tímto zjevem se zabývající. Zde jej tato nejasnost vede do směšování problémů, jež nahoře jsme označili jako problém noetiky (ad 1.) a problém empirické vědy (ad 3.).

Nejosudnější však se mi zdá, že Weyr neuvážil dostatečně ani rozdíl mezi noetikou a vědou exaktní, tedy mezi problémy nahoře označenými ad 1. a ad 2.

To se jeví již v úvodě, kde chce charakterisovati svou právní filosofii na rozdíl od obecné teorie právní. (Terminologický nesouhlas v tomto směru mezi str. 7. a str. 170. je asi nedopatřením.) Tu velmi ostře odmítá jako nelogický pokus na př. obecné státovědy dojítí k obecnému pojmu státu srovnáním několika konkrétních států, z nichž vybere pojmové znaky všem těmto konkrétním jednotkám společné a dodává: „jak možno za účelem zjištění pojmu „stát“ srovnávati několik konkrétních států, když je pojem státu ještě neznám? Odkud se dovím, že to, co srovnávám, jsou skutečně státy a jak mohu doufati, že takovým srovnáním dospěji k obecnému pojmu státu? Pojmu státu tedy nenajdeme srovnáním několika konkrétních jednotek, které se obvykle (běžně, populárně) nazývají „státy“... Jaká jest tedy správná cesta? Jedině ta, která si uvědomuje noetické hledisko, se kterého chce poznávati. Problém zní pak: Jak dlužno konstruovati určitý pojem (v našem případě „stát“), aby konstrukce ta souhlasila se zvoleným noetickým hlediskem? Co bylo právě řečeno o pojmu státu, platí — pro noetiku práva — pro celou řadu jiných pojmů, jako jest povinnost, norma, právní osoba atd.“ [Str. 8.] K této myšlence vrací se pak Weyr i na jiných místech svého spisu (na str. 76., 179., 196., šíře str. 130.), tak že jí patrně příkládá zvláštní význam.

Jak známo používá podobné argumentace Stammler, aby obhájil svého apriorního pojmu práva. Právě proti Stammlerovi bylo však již, jak za to máme právem, namítnuto, že tato argumentace je nesprávná logicky, kdyby však i byla správná, nedokázala by toho, co dokázati má. Není totiž pravda, že k tomu, abych hledal indukci pojem některého empirického zjevu, musím nejdříve tento pojem znáti. Každá věda, jež pracuje s pojmy z empirie získanými, postupuje tak, jak Weyr pokládá za nemožno postupovati, totiž, že vychází od hrubého, populárního smyslu daného slova a srovnáváním zjevů, které tímto slovem se označují, vyjasňuje postupně obsah i dosah naivní, v názvu skryté definice, až dojde k pojmu vědecky upotřebitelnému. Stejně, jako Stammler argumentuje o právu, Weyr o státu, mohlo by se říci, že i o rostlinách, živočiších, krocích, zvycích nemůžeme tvořiti indukci vě-

deckých pojmů, poněvadž bychom dříve musili vědět, co máme vědecky těmito názvy označiti. Tvrdí-li tedy Stammler, že k pojmu práva, Weyr, že k pojmu státu nelze dojít srovnáváním naivních myšlenkových výtvorů, obsažených v těchto slovech — v čem bychom Stammlerovi dali spíše za pravdu, než Weyrovi — chtějí tím patrně říci, že chtějí název práva a státu rezervovati apriorním, na zkušenosti nezávislým, myšlenkovým výtvorům. To je konečně otázka terminologická, o níž je možno se dohodnouti. Jen přehlížejí Stammler i Weyr stejně, že takovýto apriorní, na zkušenosti nezávislý pojem nemůže nikdy býti nadřazeným pojmem empirických zjevů. Neboť k tomu bychom mu musili vedle logické nutnosti přikrknouti i jsoucnost, tedy musili bychom upadnouti do emylu ontologického důkazu existence, jež právě mistr a vzor obou těchto auktorů, Kant, snad s konečnou platností vyvrátil. Tedy i kdyby pravdou bylo, že nelze k pojmu státu dojít srovnáváním různých států, neplynulo by z toho, že tedy musíme nejdříve apriorně konstruovati pojem státu a podle něho rozeznávati stát od nestátu; vždyť onen apriorní pojem nikdy nemůže býti nadřazeným pojmem empirických států. Stammler i Weyr, používajíce této chybné argumentace, chtěli patrně vyjádřiti jinou myšlenku: totiž tu, že dříve, než utvořím jakýkoliv pojem, musím mít schopnost si jej utvořiti, totiž ovládati ony formy myšlení, jež tento pojem vyžaduje. Kde by nedovedl prostorově chápati, nemohl by si utvořiti pojem stromu, poněvadž by právě nechápal jeho výšku, rozpětí jeho větví, atd. A stejně by nemohl tvořiti právnické pojmy — míní asi Stammler a Weyr — kdo by neovládal oněch zvláštních forem myšlení, jež právo předpokládá. Oba však, ač stejně rádi se dovolávají Kanta, nedomyslili jeho učení o tom, že duch lidský stejně, jako nemůže chápati skutečnosti bez forem myšlení, tak nemůže chápati forem myšlení, leda že je vyplní nějakým obsahem. Proto ony formy, jež, jak se Stammlerem a Weyrem předpokládáme, jsou nutné k právnickému chápání a jež ovšem jako formy myšlení jsou apriorní, na zkušenosti nezávislé, nelze mysliti bez obsahu.

Já mohu sice kritickou metodou, jaké na př. používá Kant ve svých Kritikách, uvědomiti si tuto složitost svých myšlenkových výtvorů, mohu v nich rozeznávati apriorní formu od obsahu skutečností daného, nemohu však mysliti tuto formu o sobě, nemohu tedy také vytvořiti její pojem. Mohu ovšem, jak jsme naznačili v předešlém oddíle této kritiky, si uvědomiti jednotlivé možnosti myšlení, v určité formě skryté. Tu však již přecházím z notiky do oboru věd exaktních, poněvadž právě, abych takovéto myšlenky pojati mohl, musím formu myšlení vyplniti konvenčním obsahem. Tu však, nemám-li právě upadnouti do bludů ontologie, musím si býti vědom, že takto konstruované myšlenkové výtvoery nemají nic společného se světem, v němž žijeme, než právě formu v níž je myslím. Tato forma je tedy jakýmsi koeficientem, jenž je stejně dán při exaktním myšlení, jako při tvoření empirických poznatků, a nemohu tedy tvrditi, že by se vyskytoval při nejvyšších abstrakcích v jakési vyšší míře, než při zcela individuálním empirickém zjevu. Jako musím mysliti prostorově, chci-li si představití lípu, jež kvete před mým oknem, i chci-li vytvořiti pojem stromu, nebo pojem hmotné věci, tak, jsou-li skutečně zvláštní formy právního myšlení, musím těchto forem po-

užití i rozhodují-li se, mám-li platit určitý dluh, i tvořím-li pojem obligace, nebo pojem práva. Nikdy však nemohu myslití prostor o sobě, jako nemohu použítí forem právního myšlení o sobě. Ovšem ale mohu v geometrii, používaje právě forem prostorového myšlení, tvořit určité konstrukce, jimiž jaksi izoluji vztahy právě pro prostorové chápání závazné; stejně je myslitelná exaktní právní věda, jež by chtěla stopovati možnosti myšlení v těchto zvláštních formách skryté, a mohu k tomu cíli tvořit se Stammlerem exaktní pojem práva, s Weyrem exaktní pojem státu. Jen si musím být vědom, že těmto konstrukcím nemůže odpovídati žádná skutečnost a nesmím tedy z těchto konstrukcí soudit na skutečnost. Tato věc vyžaduje podrobnějšího výkladu. Zde nám šlo jen o to, ukázat, že Weyr v dedukci právě citované směsuje úkol noetiky s úkolem exaktní vědy, při čemž ještě, nejsa si vědom zvláštností této vědy, přisuzuje jejím výtvorům povahu nejvyšších abstrakcí, k nimž indukci lze dospět.

3. Proti tvrzení, k němuž jsme v předešlém oddílu dospěli, že nelze z konstrukcí exaktních soudit na skutečnost, namítne se asi: vždyť i exaktní vědy tvoříme, abychom skutečnost myšlenkově ovládli; tak geometrie nám umožňuje, abychom změřili dané pole, aniž je musíme pokládati plošnými měrami, jen když známe určitá data, z nichž právě plochu lze vypočítati. Právě tento příklad však ukazuje, pokud mohu apriorní konstrukce přenášeti na skutečnost. Musím totiž skutečnost myslití v oné formě myšlení, jejíž možnosti danou exaktní vědou jsem stopoval, a za druhé, musím abstrahovati ode všech jiných znaků onoho zjevu, mimo vztahy, které touto formou lze postihnouti, za třetí pak a hlavně, musím ony konstrukce exaktní přizpůsobití skutečnosti, nikoliv naopak. Nemohu z toho, že jsem s to v geometrii vytvořití kruh, soudit, že musí být někde na světě pole, jehož hranice by tvořily kruh. Z konstrukcí exaktních tedy mohu soudit na určité relace skutečnosti, nemohu však soudit na jejich existenci. Tuto existenci mohu právě jen empirií zjistit.

To nutno zdůraznit, chceme-li ocenit učení Weyrovo o vztahu jeho normativního, pro právo (a právní vědu) charakteristického způsobu myšlení ke skutečnosti.

Weyr totiž, jak jsme viděli, staví proti chápání světa jaký jest, chápání světa, jaký má být, a hájí mínění, že jen ve formách, v nichž chápeme svět, jaký má být, je právo myslitelné. V tom s ním zcela souhlasíme, ač bychom si právě u přívržence Kantova byli přáli podrobnějšího výkladu tohoto podstatného rozšíření noetiky Kantovy.

Očekávali bychom nyní dvojí: buď že Weyr vyloživ nám ony zvláštní formy tohoto chápání podá nám vymezení konvenčního obsahu, jenž by umožňoval stopovati možnosti myšlení v těchto formách skryté, a že své učení vyvrcholí v jakousi exaktní na empirii nezávislou vědu právní, asi jako Stammler podává ve své *Theorie der Rechtswissenschaft*; nebo, že vyloživ zvláštní formy chápání a myšlení právního nám řekne, odkud brátí empirický obsah, jímž bychom tyto formy vyplnili a podá pak výklad, jak vědecky tohoto obsahu se zmocnit, podá nám tedy svou všeobecnou právní teorii či methodiku, jak ji slibuje na str. 170.

Právě však, poněvadž nerozeznává problémy, jež v prvním oddíle jsme označili pod 2. a 3., zvláště však, poněvadž problém vědy exaktní mu uniká, splývají mu oba tyto úkoly.

Že si toho nepovšimnul, toho příčinu vidíme v tom, že následkem falešné představy o skutečnosti se mu zdá, že jakmile prohlásil, že předmětem právní vědy je svět, jaký má být, zbavil se rozdílu mezi exaktní a empirickou vědou — právní, poněvadž právě předpokládá, že právní věda nikdy nemá co činit se světem, jaký je. Zapomíná, což u Kantovce překvapuje, že svět, jaký je, svět chápáný kausálně, není identický se skutečností, nýbrž, že jest to jen jeden z myslitelných aspektů skutečnosti, totiž skutečnost myšlenkově zpracovaná ve formách kausálního chápání. Tvrdí-li tedy, jak za to máme, správně, že můžeme chápati i svět, jaký má být, vznikla mu povinnost, doplnit v tom Kanta, totiž postaviti vedle zkušenosti kausální zkušenost normativní. Místo toho právě ztotožněním skutečnosti se světem, jaký jest, totiž jakým se nám jeví pod vládou kausálního zákona (a nikoliv jakým se nám jeví pod vládou ideálu dobra, toho, co být má), dospěl k úsudku logicky vadnému: právní věda nezabývá se světem, jaký jest; exaktní věda nezabývá se světem jaký jest: tedy: právní věda je myslitelná jen jako věda exaktní. Zapomněl, že důvod, proč poznatky exaktních věd nelze verifikovati zkušeností, jsou zcela jiné, než ony, proč to, co být má, nelze vyvozovati z toho, co jest. Důvod tkví při vědách exaktních v tom, že tu vědomě nabražujeme empirický obsah obsahem konvenčním, kdežto při vědách normativních není nikterak vyloučeno, abychom ve formách pro tyto vědy charakteristických, totiž ve formách normy myslili skutečnost, v níž žijeme. Weyr právě přehlíží, že stavi-li normativní chápání proti chápání kausálnímu, hájí možnosti jiných konstitutivních kategorií skutečnosti a ne jen možnost jiných metodologických forem vědy, a dále přehlíží, že různost mezi exaktními a empirickými vědami není nutně různost v metodologických formách (máme vedle teoretické fyziky i fyziku experimentální). Z toho tedy, že právní věda má jiné předpoklady, jiné metodologické formy, než na př. věda přírodní, neplyne, že by to musila být věda exaktní.

Ovšem setkáváme se zde s mnohem většími obtížemi, než v metodologii na př. přírodních věd, a to hlavně pro naprostý nedostatek terminologie. Následkem toho jsme nuceni poznatky noetické i konstrukce exaktní označovati názvy vzatými z empirických poznatků a tím snadno upadáme do omylů. To je ovšem tím snažší, nejsme-li si předem rozdílů, o něž tu jde, jasně vědomi.

Tak je u Weyra zvláště pramenem stálých nejasností jeho termín „norma“ a „stát“.

4. Normu definuje Weyr jako „výraz něčeho, co má být“, a zdůrazňuje, že „vše možné lze si představit v zorném úhlu normativity“ a že „formálně, logickým předpokladem možnosti tohoto představování jest právě pojem normy v uvedeném smyslu“ (str. 18.). Proti tomuto názoru nedalo by se ničeho namítati, kdyby Weyr byl místo slova „pojem“ použil slova „forma“, poněvadž patrně smysl tohoto tvrzení jest, že normativní myšlení předpokládá zvláštní formy myšlení. Mohu míti velmi jasný pojem normy — pokud je

to při noetických představách možno — dokud právě nepoužiji formy, již tímto pojmem si znázorňuji, nemyslím normativně, stejně, jako prostorové myšlení mně neumožňuje pojem prostoru, nýbrž duševní činnost, na niž se tento pojem vztahuje.

Že tato záměna slov není nahodilá, vysvitne nám ihned, všimneme-li si paralely, již konstruuje Weyr mezi myšlením kausálním a normativním.

Praví totiž:

„Základní pomůcku pro nazírání na svět, jaký jest, tvoří forma kausálního zákona, který praví: vše, co jest, musí mítí příčinu, že jest, jaké jest. Proto možno nazvati celé toto nazírání nazíráním kausálním. Jím chápeme veškeré změny nastalé a nastávající ve světě, „jaký jest“. On ovšem předpokládá již tento svět jakožto věčnou materii, jinými slovy: vztahuje se toliko na změny (děje) v něm, nemůže však vysvětliti jeho existence ve smyslu něčeho z ničeho... Nazírání kausální má tudíž — pro přirozený nedostatek kausálního zákona s nekonečným řetězem příčin a účinků — jeden nutný předpoklad: existenci materie, a to existenci bez začátku a bez konce, tedy věčnou. Zkoumáme-li nyní noetické předpoklady nazírání druhého (t. j. na svět, jaký má býti), shledáváme, co se týče jeho předpokladu, základní formální paralelitu: i toto nazírání má nutný předpoklad, bez něhož je nemyslitelno, a který immanentní methodou (?) tohoto nazírání vysvětliti nelze. Tímto předpokladem je existence normy v nejširším smyslu toho slova.“ (str. 17.)

Zdá se mi, že nesprávná konstrukce této paralely bije do očí: je norma analogon kausálního zákona, nebo je analogon hmoty? A je regres od normy k normě analogon regresi od poslední příčiny ke vzdálenější, až bychom došli k otázce po (časově) první příčině, nebo je spíše analogon regresi od speciálního případu ke kausálním zákonům stále abstraktnějším, až bychom dospěli ke kausálnímu zákonu všechno dění vysvětlujícímu? Pro nás však nejzávažnější je tu třetí nedostatek této paralely: že totiž Weyr mluvě o kausálním zákonu je si dobře vědom, že tento zákon jako formu myšlení nelze mysliti bez obsahu (hmoty podle Weyra, což není zcela správně, poněvadž můžeme stopovati i kausální zákon v žití psychickém), kdežto jakmile přejde do úvah normativních, mu tento požadavek mizí (srv. str. 19.). Dvojí smysl slova „norma“ je patrnou příčinou všech těchto poklesků. Poněvadž máme tentýž výraz pro formu myšlení i pro výsek skutečnosti v této formě myšlený, ano podle Weyra i pro libovolnou konstrukci v této formě pořízenou, přehlíží Weyr, že tu jde o trojí myšlenkový obsah, ježž právě v úvaze metodologické dlužno přesně rozlišovati. Nerozlišujeme-li, pak právě může nám norma býti současně i formou myšlení (analogon kausálního zákona), i tím, co v této formě myslíme (analogon hmoty) a regres v rovině skutečného dění nám splývá s regresem logickým.

Právě však, že tím Weyr si neuvědomuje nutnost objasniti předmět, o němž ve formě normy něco vypovídáme, nechává nás jeho definice normy zcela bezradnými před otázkami, jako jest tato: je právnícky myslitelná norma: všichni lidé mají býti 3 m velcí? Zde přece máme také výraz něčeho, co býti má, tedy jest zde forma normy, ale o obsahu řekneme, že právě jako norma je nemyslitelný (je myslitelný jako přání, jako výtvar básnický a pod.) stejně

jako bychom neuznali za kausální zákon větu: kámen, jež vypustím z ruky, padne na měsíc, ač nepochybně i zde jsem použil formy kausálního zákona.

5. K pojmu státu dochází Weyr tam, kde si klade otázku po rozdílu mezi normou právní a jinými normami, na př. ethickými. Pokládá věci tak samozřejmou, že i rozdíl mezi poznatky právníckými a poznatky jiných věd normativních musí býti apriorní, musí ležeti ve formách myšlení, že se nezdržuje při této podle našeho mínění pro zvláštní nauku o poznávání právníckém rozhodné otázce.

Myšlenkový postup, jímž na této cestě dospívá Weyr k pojmu státu, jest asi tento: Východiskem jest mu i tu pojem (ne tedy již forma) normy, o níž uří: „Ačkoliv není pochyby, že lidský intelekt může si zcela jasně představit „normu“ v onom nejabstraktnějším smyslu, kteroužto představu lze tudíž snad nazvati obecně představou „normativity“, jest na druhé straně nepopíratelnou vlastností intelektu, že s každou normativní představou může spojití představu určitého subjektu normy (t. j. jejího původce) a subjektu povinnosti (t. j. toho, komu norma svědčí), z oné normy prýštíci. Tím stává se nejen představa určité normy konkrétnější, nýbrž i její objekt, t. j. to, co má býti“ [str. 19.]. Nehledíme-li k tomu, že popíráme možnost představit si „normu v onom nejabstraktnějším smyslu“, pokud bychom tím mínili onu formu myšlení, jež umožňuje normativní myšlení, můžeme s tímto názorem souhlasiti. Se svého stanoviska ovšem bychom spíše, než onoho ne zcela jasného lidského intelektu se byli dovolali požadavků exaktní vědy, jež nemohouc se spokojiti pouhou formou (normativního) myšlení, musí tuto formu vyplniti konvenčním obsahem, a byli bychom se pokusili o důkaz, proč pro stopování oněch (myšlenkových) vztahů, o něž v právní vědě jde, je nezbytno, použiti jako jakéhosi druhu právnícké jednotky, bodu, atomu právě konvenční představy subjektu normy a subjektu povinnosti. Ve formulaci Weyrově příliš do popředí se tlačí gramatická stránka věci (možnost gramaticky vyjádřiti normu imperativem, tedy bez subjektu), jež nepřesvědčuje. Než to by mohl býti také pouhý rozdíl ve formulaci. Také následující krok můžeme ještě učiniti ve stopách Weyrových. Weyr totiž, ovšem opět odvolává se na famosní lidský intelekt, hájí možnosti splynutí těchto dvou subjektů: „Jest vlastností intelektu, že může si představit splynutí dvou subjektů (činitelů) v jedné osobě (subjektu). Splynouti může především subjekt normy se subjektem povinnosti, čímž povstává obecně to, co nazýváme autonomií. V opačném případě mluvíme o heteronomií“ [str. 19.]. V naší terminologii bychom tuto myšlenku vyjádřili asi tak, že jsou myslitelné dvojí exaktní vědy normativní, z nichž jedny praeui se supposicí jediného subjektu, druhé se supposicí dvou subjektů jsoucích k sobě v onom zvláštním poměru, jaký Weyr předpokládá. Tím by tuším poměr mezi autonomními a heteronomními vědami normativními byl metodologicky řešen jasněji; byl by mezi nimi asi podobný poměr jako v rámci prostorového chápání mezi geometrií plošnou a geometrií třírozměrnou.

Kdo by očekával, že Weyr (jemuž jde o formální rozlišení etické normy od normy právní a jenž uří, že etická norma jest nutně autonomní, právní heteronomní), se spokojí s tímto rozlišením, značně by se zklamal. Weyr totiž náhle navazuje na jednotlivé úryvky z Kantovy a Schopenhauerovy

filosofie, hledá rozdíl zcela jinde. Práví totiž: „Jednotlici element při konstrukci etického souboru normového nemůže být totožnost normového subjektu (formální element), nýbrž určitá indentita obsahu norem (materiální element), t. j. důvod poznání, že určitá norma patří do etického souboru normového, jest jediné skutečnost, že tam obsahově patří. Normy etické souvisí tudíž spolu (t. j. tvoří jednotný soubor normový) obsahově.“ (Str. 46.). Naproti tomu že „všeobecně uznaného úsudku, že každá norma bez ohledu na její obsah může být právní“ (str. 47.) vyvozuje, že veškeré normy, jichž normovým subjektem si představujeme jednotný subjekt, který nazýváme stát, jmenujeme normami právními (str. 52.). „Logickým předpokladem, abychom vůbec mohli nějakou normu chápat jako právní, jest tudíž pojem státu jakožto abstrakta, t. j. jednotný normový subjekt; logickým předpokladem, abychom vůbec mohli nějakou normu chápat jako mravní, jest uznání určité nejvyšší normy (principu etického), která skýtá měřítko pro klasifikaci jednotlivých norem jako mravně relevantních a tudíž i jednotlivých činů. Metodickým předpokladem obou konstrukcí jest pak všeobecné hledisko normativní, se kterým pohlíželi jsme na obě disciplíny“ (str. 54.).

Pomíjme, že toto třídění není logicky bezvadné, poněvadž nelze znaky, jimiž obě skupiny se odlišují, podříditi společnému pojmu nadřaděnému, následkem čehož je, že obě třídy se nevylučují, nýbrž prostupují. Toho jest si Weyr vědom (str. 51.) a chce tím patrně vyjádřiti, že může i norma etická být normou právní, když „vše možné může být obsahem právní normy“ (tamtéž). Vážnější jest, že důvod, který podle Weyra vylučuje možnost obsahové charakteristiky právní normy, platí podle našeho mínění stejně i pro normy mravní. Neboť odkud ví Weyr, že „vše možné může být obsahem právní normy?“ Jistě z empirie, ze srovnávací pravovědy a z dějin, jež jej poučily, že to, co je právní normou zde a nyní, nemusí být právní normou jinde a jindy. Totéž však platí i o normách etických. To ovšem není důvodem, proč bychom jeho definici etických norem měli pokládati za nemožnou. Chybné jest jen, domnívá-li se Weyr, že tyto normy charakterisuje obsahově. Právě naopak jeho definici etické normy možno rozuměti jen tak, že vše možné může být obsahem etické normy, předpokládaje jen, že normy takto utvořené vyplývají z jednotného nějakého principu. Tím by bylo řečeno, že Weyr nechce nazývat etickými normami zvyky, na př. primitivních národů, jež diktovány jsou různorodými tradicemi, pověrami atd., nýbrž že o etice chce mluvití teprve na tom stupni vývoje, kdy myslící duch lidský tyto normy spíal v jednotnou myšlenkovou soustavu tím, že je podřídil jediné vůdčí normě. Etické normy tedy neliší se od jiných svým obsahem, nýbrž formální vlastností, že jsou součástkami jednotného systému myšlenkového.

Tuto konstrukci, jak řečeno, pokládáme za možnou; chtěl-li však Weyr odlišiti etické normy od právních, nesmí k charakteristice právní normy používatí téhož znaku. Neboť, co znamená, že při právních normách normovým subjektem si představujeme jednotný subjekt, který nazýváme státem? Tento stát přece právě podle Weyra není ten neb onen konkrétní stát, nýbrž stát je tu míněn jako abstraktum (str. 54.), jako regulativní princip (str. 196.), který si uměle konstruujeme jako pomůcku, kterou chápeme určité normy jako jednotný normový soubor (str. 82.), který tedy není, než „výrazem ur-

dité jednotnosti norem“ (tamtéž), než „pomocnou představou pro toho, kdo tento řád chce chápati jako jednotný soubor normový“ (str. 83.). O tomto jednotném souboru normovém pak učí, že jest to „takový soubor (komplex) norem, které souvisí spolu tak, že jest logicky vyloučeno, aby jedna norma odporovala (obsahově) druhé“ (str. 81.). Učí-li Weyr dále: „Princip, který tuto souvislost či jednotnost norem přivoditi může, může býti dvoji: buď je to jednotnost subjektu normy, kterážto jednotnost vylučuje současně existenci dvou nebo více norem od téhož subjektu pocházejících, které by si vzájemně odporovaly (jest logickou nemožností představit si subjekt normy, chtějící současně, aby bylo A a non A) — nebo jest určitý materiální princip, jenž veškeré normy, vyslovující jej (třeba v různých variantách) slučuje v jednotný soubor normový“ (str. 81.). — učí-li tomu Weyr, konstruuje rozpor, kde žádného rozporu není. Že daný subjekt nemůže současně ohtíti A i non A , jest jen. potud pravdou, pokud si představujeme subjekt rozumně, t. j. logicky myslící. Jest právě vlastností logického myšlení, že myšlenkové obsahy slučuje ve vyšší jednotky, aby uhájil jednotnost vědomí vyloučením odporů. Prostředkem k tomu pak je, že se nespokojuje vněmy, jež mohou býti mylné, nýbrž že je slučuje ve vyšší pojmy a zákony se stálou tendencí vyvreholiti tuto logickou stavbu jediným nejvyšším pojmem neb zákonem. Totéž platí pak ovšem i pro logické myšlení normativní. I tu je apriorním požadavkem jednotnosti myšlení nespokojiti se nahodilými (nerozumnými) choutkami, náladami, vášněmi, jež mohou býti protichůdné, nýbrž zdisciplinovati ohtění tím, že jednotlivá „to býti má“, slučujeme ve vyšší normy s tendencí podříditi celé ohtění jedinému principu. Zdánlivý rozdíl mezi jednotlivým principem norem mravních a právních spočívá jen v různé formě, jak vyjádřiti lze tutéž myšlenku, totiž požadavek jednotnosti myšlení. (Podle definice Weyrovy by byl zcela dobře myslitelný etický systém vybudovaný na principu: „buď poslušen státu“ — jako jednotný systém právní, v němž žádná norma by neodporovala vůli státu: „miluj svého bližního jako sebe sama.“) Nejde tu tedy o dva principy sjednocující, nýbrž o princip jediný, jenž ještě k tomu není zvláštností normativního myšlení, nýbrž uplatňuje se v myšlení vůbec. Vidi-li tedy Weyr v požadavku redukce norem na jediný subjekt — stát — charakteristikon myšlení právně vědeckého, nutno důraz klásti na slovo „vědeckého“; nejde tu o charakteristikon právního, ani o charakteristikon normativního, nýbrž o charakteristikon vědeckého myšlení. Rozdíl mezi jednotlivými obory vědními není právě v této snaze po sjednocení, nýbrž ve způsobu, jak sjednocujeme. A tu se nám zdá, že Weyr, jako při etice se domnívá mylně, že sjednocuje obsahově, tak se klame, domnívá-li se, že právní normy sjednocuje po stránce formální. Neboť jediný rozdíl, který bychom po jeho výkladech mohli činiti mezi etickými a právními normami by byl, že právní normy jsou enen druh etických norem, při nichž nejvyšším principem je poslušnost proti státu. Kdyby byl Weyr ohtěl nalézt formální princip sjednocující na jedné straně mravní, na druhé právní normy, mohl velmi plodně zase použiti analogie z chápání kauzálního. I tam se uplatňuje tatáž snaha po sjednocení, jen že principem jednotlivým je ideál přírody jako myšlenkové jednotky zákony kausalitý spjaté. Podobně i v etice i v právní vědě anticipujeme postulovanou myšlenkovou

jednotu, a to v etice v ideálu charakteru, v právní vědě v ideálu spravedlnosti. Než tyto otázky Weyr zcela pominul, tak že jeho systém právní filosofie je snad první, v němž o spravedlnosti se neděje zmínky. Nepozastávali bychom se nad tím, kdyby Weyrův systém byl skutečně důsledně exaktní. Neboť jest myslitelný smysl slova spravedlnosti, jež na normativní poznatky exaktní nelze aplikovati stejně, jako na exaktní poznatky kausální určitý smysl slova pravdivosti. V exaktních vědách totiž se požadavek spravedlnosti stejně jako požadavek pravdivosti zcela rozplývá v požadavku logické správnosti.

Avšak musíme se o tomto nedostatku zmíniti proto, že jeho příčinou u Weyra není exaktní ráz jeho pouček, nýbrž — mnohoznačnost slova „stát“ jehož užívá k označení principu umožňujícího jednotné chápání právních norem. Ačkoliv na místech nahoře citovaných zdůrazňuje formální, řekli bychom raději exaktní ráz tohoto pojmu, přece se neubrání tomu, aby s názvem mu do jeho systému nevklouzly i materiální znaky, jež spojujeme se státem jako empirickým zjevem. Přejít z roviny exaktního myšlení do roviny myšlení empirického mu usnadňuje ona chybně konstruovaná paralela mezi regrese kausálním a normativním, kterou v předešlém oddíle jsme vytkli.

Tam, kde jedná o konstrukci právního řádu, po nejdůraznějším prohlášení, že jeho pojem státu, totiž „konstrukce subjektu normy, není pomůckou k poznání vzniku norem, nýbrž toliko výrazem určité jednotnosti jejich“ (str. 82), náhle nás překvapuje slavnostním prohlášením, že „stanovisko zde zastávané jest kredem t. zv. pozitivismu (ovšem co nejkrajnějšího)“ [str. 88.]. Jest to asi poprvé, kdy propagátor apriorní konstrukce nejzákladnějších právních pojmů (v. str. 8., str. 195, kde praví: „ukázali jsme, že definice abstraktních pojmů“ [má býti exaktních] „t. j. pojmů, jichž předmětem jsou abstrakce, jako „stát“, „nárok“, „povinnosti“ atd. nelze nijak co do jejich empirické správnosti verifikovati zkušeností“) se téměř tímtož dechem prohlašuje za zastance pozitivismu s dodatkem: ovšem co nejkrajnějšího.

V čem tedy spočívá toto stanovisko pozitivismu ovšem co nejkrajnějšího? Weyr je vykládá takto: „Předmětem právní vědy jsou toliko normy, které představujeme si jako plynoucí z jednotného subjektu normového: státu. Při tom vzdává se možnosti uvnitř svého normativního obzoru prokázati jiný důvod závaznosti právních norem, ježto jejich závaznost předpokládá, právě tak jako předpokládá pomyslný jich subjekt (stát)“ (str. 89.). Tato teorie „předpokládá bytí právního řádu jakožto normového souboru, prýšticího z jednotného subjektu normového: státu. Kde jest zjištěno, že určitá norma prýští z tohoto subjektu (což ovšem zjistiti se dá toliko na základě postulovaného právního řádu), jest norma nalezena“ (str. 92.). K tomu pak dodává: „Jest jasno, že pojem právního pramene, jak jej tyto nauky užívají, spadá v jedno s naším pojmem „normového subjektu““ (str. 92.).

Zdá se mi, že k tomuto tvrzení došel Weyr jen tím, že pozapomněl, co sám učí, že jeho stát je jen „pomocná představa pro toho, kdo právní řád chce chápati jako jednotný soubor“ [str. 83.]; „každá norma, jejíž subjektem konstruujeme stát, jest proto a jen proto právní“ (str. 160.); „a dobře dlužno si uvědomiti, že pojem normového subjektu značí nám toliko jakýsi

regulativní princip pro nazírání resp. poznávání normativní, a že nelze si tedy vztah mezi ním a normovým souborem představovati kausálně, t. j. normový subjekt jako příčinu a normu jako účinek její“ [str. 176].

Zde vidím patrný rozpor: Buď normy „prýští“ ze státu [str. 92.] a fakt, že tomu tak jest, mohu zjistiti na základě pozitivního právního řádu (tamtéž), nebo je stát jen logickou pomůckou, a vztah mezi ním a normou není „prýštěním“ nýbrž logickou konstrukcí (str. 160.). Obojí nemůže vedle sebe platiti, leda ovšem pěstujeme-li jednou vědu exaktní, po druhé vědu empirickou. Jak však mohlo u auktora kapacity Weyrovy dojít v metodologickém spise k tomuto přemetu z jedné roviny do druhé?

Vysvětlení nacházím právě ve Weyrově učení o paralelitě kausálního a normativního myšlení, jak je podává v oddílu o důvodu platnosti (závaznosti) právního řádu. Tam praví: „Snaha po poznání posledního důvodu závaznosti právních norem a právního řádu vůbec jest lidskému intelektu tak přirozenou, jako na př. touha poznati poslední příčinu všeho vnějšího světa. Jen ten, kdo uvědomí si hranice kausálního poznávání, ustane od pátrání po takovéto poslední příčině, ježto sezná, že sám pojem „poslední příčiny“ jest absurdní, t. j. přiči se samému zákonu kausálnímu“ (správně: formě kausálního myšlení) . . . „Zcela podobně jako kausální zákon“ (opět má býti „forma“), „pohání lidský intelekt od nejbližší příčiny k další a nejvzdálenější, žene normativní hledisko též intelekt od nejbližšího důvodu závaznosti určité normy k dalším důvodům.“ (Příklad: zákaz starostův práskati bičem — obecní řád — ústavní norma.) „Ptám-li se pak, proč právě tato norma jest závazná a ně jiná, nenajdu z normativního hlediska žádného dalšího vysvětlení. Mohu tedy pouze říci: Předpokládaje závaznost této poslední normy (sc. ústavní) jest i norma o zákazu práskání bičem závaznou: Dojdu tedy k jakémusi nejvyššímu subjektu normovému, o němž prostě předpokládám, že normy jím vydané jsou závazné. Každé další dotazování se, proč tento předpoklad platí, nemá s hlediska normativního žádného smyslu. Východisko noetické (?) jest zde tedy jaksi libovolné, jeho správnost nedokazatelná“ (str. 84.).

Tuto argumentaci pokládám z několika důvodů za vadnou. Především se zde mstí ona nesprávně konstruovaná paralela, o níž jsme již nahoře jednali. „Poslední příčina“, již bychom logicky mohli srovnávati s ústavní normou jako s „poslední normou“ není metafysická nějaká první příčina všeho bytí (na př. rozkaz: budiž světlo!), nýbrž jest to nejvyšší abstrakce, k níž v dané době věda dospěla konstruujíc přírodní zákony. Tato nejvyšší abstrakce nemá však do sebe ničeho metafysického. Je to stejně o empirii se opírající a tedy podmíněný poznatek o tom, co jest, jako kterýkoliv stupeň konkrétnější formulace přírodního zákona. Chybou je tedy, srovnává-li Weyr nejvyšší normu s metafysickou první příčinou. Přehlíží, že hledaje v normativních vědách odpověď na otázku „proč?“, postupuje stejně logickým a nikoliv historickým řetězem, jako přírodopysce, jenž na otázku „proč?“ odpovídá logicky nadřazeným zákonem přírodním, nikoliv dějem, jenž historicky předchází tomu, ježž chce vysvětliti. Na tomto postupu od konkrétního zjevu k stále abstraktnějším myšlenkovým výtvorům zastavuje se ovšem každá věda podle svých cílů u abstrakce určitého stupně, totiž

u té, jež jí logicky vysvětluje zjevy určité právě pozorované skupiny. To je asi smysl Weyrova učení, že pro právníckou úvahu z pravidla stačí, dospěje-li ve svých abstrakcích až k ústavnímu zákonu, jímž vysvětlí platnost zákona, jako jehož aplikace se jeví konkrétní norma vydaná určitým orgánem státním. Omyl Weyrův spočívá v tom, že tuto praktickou mez právní vědy pokládá za mez normativního chápání a prohlašuje každou další úvahu za „metanormativní“. K tomuto tvrzení jej právě svádí častěji vytýkaná záměna formy normativního myšlení s empirickou normou zákonnou. Přehlíží, že onen zákaz obecního starosty stejně jako ustanovení ústavního zákona o moci zákonodárné jsou nemyslitelné bez formy normativního myšlení, že tedy tato forma je jakýmsi nezměnitelným koeficientem při všech, konkrétnějších i abstraktnějších myšlenkových útvarech této skupiny. Že tedy, vidí-li závaznost konkrétní normy v jejím logickém poměru k nadřaděné normě, vysvětluje-li tedy platnost normy jako logickou myšlenkovou nutnost, není pramen závaznosti nevyšší normy jiný, než normy nejnižší, jen že ovšem, vysvětluje daný právní řád daného státu, úmyslně se zastavujeme u ústavního zákona, poněvadž podle přesvědčení Weyrova stačí k vysvětlení všech státních norem. Není tedy pravda, že by důvod platnosti ústavního zákona byl jiný, než důvod platnosti zákazu starostova. Právě vidíme-li platnost právní normy v její logické závaznosti a nikoliv v moci, jež jí po případě vynucuje — v čem zcela souhlasím s Weyrem — jest zcela neodůvodněno viděti v ústavním zákoně jakési nadsmysluplné zjevení; nic nám nebrání, abychom zkoumali ještě vyšší abstrakce.

Proti tomu je právě se stanoviska Weyrova na šnádě námitka: Jdeme-li dále, pak právě již nepřestujeme právní vědu, poněvadž předpokládáme, že právní jsou jen ty normy, jako jejichž subjekt si můžeme mysliti stát. Ale právě Weyr to byl, jenž správně opětovně varoval před záměnou jeho státu s konkrétním státem. Je-li „stát“ v jeho smyslu jen pomůcka k jednotnému myšlení právních norem, pak mohu kterýkoliv výsek norem kolem takového pomyslného centra sloučiti a jednati stejně o právu určité obce, jako o právu všeho lidstva, k němuž pak i ústavní právo daného státu je v poměru logické podřadnosti.

Podobně, jako v otázce platnosti práva selhává podle našeho mínění filosofie Weyrova v otázce mezer právních. Zdá se mi, že Weyr dosahu tohoto problému si není dostatečně vědom. Aspoň formuluje-li problém v otázce: „Jakou cestou možno zjistiti, že existují právní normy praeter legem?“ (str. 93.) zaměňuje patrně otázku po mezerách v právu za otázku po mezerách v zákoně. A odpovídá-li si na tuto otázku slovy: „jedině methodicky chybným úsudkem, že z toho, že něco „jest“, resp. se zachovává, plyne, že tento stav má se též zachovávat“, reprodukuje učení obhájců „mezer v právu“ velmi nedokonale. Uznáváme-li, jak činil na př. Bergbohm, a jak činí i Weyr jen zákonné normy za normy právní, pak ovšem otázka po mezerách v právu nemá smyslu. Ale právě z filosofie Weyrovy by plynulo něco jiného, než toto pohodlné ztotožňování práva se zákonem. Ke ztotožnění práva se zákonem totiž dochází Weyr jen osudnou logickou chybou, záměnou státu jako regulativního principu za stát-zákonodárce. Držíme-li se prvního učení, že totiž stát pro právní vědu je jen myšlenkovou pomůckou k jednotnému

myšlení právních norem, pak plyne z toho, co též Weyr na jiných místech prohlašuje, že jest nesčetný počet právních norem i mimo zákony (na př. str. 108. 112. 113.). Problém mezer v právu netýká se pak vůbec otázky, zda to co jest, má býti, nýbrž týká se jen otázky, za jakých podmínek možno normy, jež nejsou v zákonech výslovně formulovány, pokládati za normy právní. To jest onen základní problém, jehož řešení bychom byli právě od Weyra čekali, a na nějž by byl musil odpovědět, kdyby své učení o formální povaze pojmů „stát“ byl domyslíl. Znělo by tu tento problém pak: za jakých podmínek můžeme libovolnou normu imputovati státu jako normovému subjektu. Této otázce se právě Weyr vyhnul tím, že tento logický vztah státu jako regulativního principu k normě zaměnil za kauzální vztah zákonodárce k zákonu, a proto problém mezer v právu neřeší, nýbrž obchází.

6. Již v právě předcházejících výkladech o Weyrově pojmu státu nemohli jsme pominouti stránky věci, na niž nyní chceme podrobněji upozorniti. Následkem metodické vadnosti jeho pojmu normy (záměny formy myšlení s pojmem v této formě myšleným) a pojmu státu (záměny regulativního principu vědeckého myšlení s historickým původcem právní normy) jest, že z premis čistě idealistických dospívá k závěru čistě pozitivistickému: právo mu splývá s pozitivním zákonem, posledním rozhodím o tom, zda daná norma jest právní, jest ústavní zákon. Tento přemet z roviny exaktního myšlení do roviny myšlení empirického neobešel se ovšem bez nedůsledností. Tak učí: „Totéž, co o vládních nařízeních, platí o všech normách, na kterých podle právního řádu platně mohou se usnášeti různé korporace, jako jsou obce, okresy, soukromé spolky atd. Veškeré tyto normy jsou součástí jednotného právního řádu jen potud, pokud odvozujeme jejich platnost od jednotného normového subjektu, i. e. státu“ (str. 108/109.); tu tedy nazývá myšlenkové výtvořky o tom, co býti má, normami bez ohledu na jejich původec, a sice normami právními potud, „pokud odvozujeme jejich platnost od jednotného normového subjektu i. e. státu.“ Co si však máme mysleti slovem „odvozovati“? Vysvětlení nám podává tento výklad: „Chceme-li ponechati běžný názor o mnohosti normových subjektů uvnitř jednotného právního řádu v platnosti — kterémužto názoru jeví se pak na př. každý soukromný spolek, unášející se na normách (stanovách), každý úřad, vydávající v mezích své kompetence „nařízení“, každý továrník, stanovící „pracovní řád“ pro své dělníky atd. normovým subjektem, — pak musíme si uvědomiti, že existence (platnost) takových podružných normových souborů není samostatným zdrojem vzniku práv a povinností, nýbrž existence takové normy není pro souverénní řád nic jiného, než část skutkové podstaty, na niž víže vznik právních povinností“ (str. 113.) (srv. i str. 199. a 204.). Tu je patrné, že týž myšlenkový výtvor může býti i normou i skutkovou podstatou. V tom by ještě nebyl odpor, naopak, mohl právě tento poznatek Weyra uvést na správnou cestu. Znamenat toto učení prostě, že chci-li jakoukoliv skutečnost učiniti předmětem úvahy právní, musím ji vpraviti do formy myšlení normativního, tak že také to, co nazýváme skutkovou podstatou, nekryje se s přírodovědnou zkušeností, nýbrž jest to skutečnost myšlená v řetěze toho, co býti má. Úmrtí nás tu nezajímá, jako přerušení určitých fyziologických funkcí, nýbrž jako možnost určitým způsobem jednati a právní otázkou je pak,

keré z mezných jednání je správné. Co však Weyr přehlíží a v čem vidíme odpor, jest, že tato logická zásada platí nejen o konkrétních zjevech, nýbrž i o abstrakcích, o nichž z pravidla jednají zákony. I tu musím formu normy vyplnit nějakým obsahem a tento obsah běhu více méně dokonalou abstrakcí z konkrétních skutkových podstat. Právě-li tedy Weyr: „noetický požadavek, ohraničiti přesně pojem „normy“ od pojmu „skutkové podstaty“, vyžaduje toho, aby za právní normu byly pokládány jen takové normy, jejichž normativní závaznost (platnost) nelze odvozovati od závaznosti jiných norem; takovými normami jsou — dle konstitučního principu — „zákony“ a tím ohraničen též pojem právního řádu“ (str. 204.) — nedoceňuje zase vlastních svých poznatků o formálním rázu normy. Neboť, je-li norma analogon forem kauzálního myšlení, nemohu ji odlišiti od skutkové podstaty abstrakcí, nýbrž toliko kritickým rozborem, poněvadž tato forma jest, jak jsme ukázali, koeficientem, který působí stejně při tvorbě konkrétního i sebe abstraktnějšího myšlenkového obsahu. Právě jen ztotožnění této formy s obsahem v této formě myšleným a ztotožnění požadavku jednotného myšlení se státem budí zdání, jako by normy státem vydané byly logicky něco jiného, než kterékoliv jiné „to býti má“.

Proti tomu ovšem by bylo možno se stanoviska Weyrova namítnouti: Rozlišení norem, jako jejichž subjekt konstruujeme stát od jiných a označení jich jako norem právních je ovšem pouhou konvencí; kdo nechce na tuto konvenci přistoupiti, s tím, by další debata byla zbytečná, stejně, jako s tím, kdo by nechtěl poznatky na přírodu se vztahující nazývat poznatky přírodovědnými. Věc však má tu přece jen hlubší pozadí. Totiž otázku, co máme rozuměti tím „konstruováním“ státu jako normového subjektu. Toto „konstruování“ je součástí poznávací činnosti normativní a nelze je nahraditi — nechoeme-li přejíti z noetiky idealistické, již Weyr hlásá, do nejprimitivnějšího materialismu — vlastností poznávaného předmětu, tedy obsahem poznáváme normy. Zda normu mohu mysliti jako vycházející od státu, nemůže mi říci ani ústavní, ani jiný zákon, nýbrž toliko požadavek jednotného myšlení, jenž za konstrukci státu se skrývá. Přehlíží-li to Weyr, dopouští se téže chyby, jako materialističtí myslitelé vidící v kauzální souvislosti sílu, jež by byla immanentní zjevům, a již empirií by bylo lze dokázati nebo vyvrátiti.

K jakým důsledkům tento logický omyl Weyra vede, je nejlépe patrné z tohoto zvláštního učení: „Za předpokladu jednotného normového souboru — a tento předpoklad je nevyhnutelný, mají-li jednotlivé normy býti navzájem vůbec v nějaké normativní relaci — dlužno obsah všeho, co si představujeme tak, že „má býti“, přičísti jednotnému subjektu normovému, ježto tím jedině zachráněno jest východisko konstrukce (jednotný normový soubor).“ Až potud můžeme učení Weyrovo akceptovati jako snad méně šťastný výraz apriorního požadavku jednotnosti vědeckého myšlení. Weyr však pokračuje: „Pro toto řešení problému pramenového jest nerozhodno, zda-li zjištěný obsah normativní v normě „skutečně“ jest, t. j. zda-li norma správně či nesprávně byla interpretována. Formálně musí platiti každý zjištěný obsah normy — třeba bylo jich od různých pozorovatelů zjištěno několik různých — jako chtěný subjektem normovým“ (str. 96.). Kdyby tato věta skutečně nevyplývala z Weyrovy filosofie, byli bychom o ni jako o nepřemýšleném plodu

nahodilého nápadu zcela pomlčeli. Vzhledem však k tomu, co již nahoře bylo vyloženo o nejasnostech, k nimž Weyr se dává svěsti, musíme ji zde uvést. Vidíme v ní totiž charakteristický důsledek onoho smíšení dvojího způsobu myšlení (exatního a empirického), jež jsme nahoře vytkli. Neboť zdá se nám — ač-li ovšem této ne zcela jasné větě správně rozumíme — že ji Weyr celou svou právně filosofickou soustavu postavil na hlavu. Zdůraznil správně, že právo lze mysliti jen ve formě „to býti má“; neméně správně učí, že vědecké poznání musí býti jednotné, že nelze současně tvrditi A a non A; lze se konečně spřáteliti s tím, že jako pomůcku k tomuto jednotnému myšlení konstruuje svůj „formální“ pojem státu; a teď se poučujeme, že „každý zjištěný obsah normy — třeba bylo jich od různých pozorovatelů zjištěno několik různých — musí platiti jako chtěný subjektem normovým“. Weyr tu ovšem asi myslil jen na různé výklady, jež logicky mohou vedle sebe existovati. Ale jeho dedukce platí stejně i pro případ, že jeden vykladač učí A, druhý non A. Vždyť prohlašuje za nerozhodno, zda-li norma správně či nesprávně byla interpretována. To znamená že filosofie Weyrova nás opouští tam, kde právě nejvíce se po filosofii ohlížíme, v případech pochybného výkladu normy. Pro Weyra je jen rozhodné, aby podle ústavního zákona norma „prýštila“ ze státu. Zde se mu mstí, že si neuvědomil dosti jasně, co sám učí, že stát „konstruuje“ jako normový subjekt. To znamená, že stát je jen myšlenkovou pomůckou k tomu, abychom si snáze představili soubor norem bez vnitřního odporu. Tuto jednotnost v posuzování skutečnosti, jež býti má, nazýváme právě spravedlností. Weyr však přehlíží, že stát jím konstruovaný má býti jen pomůckou ke tvorbě spravedlivých norem, k jejich rozlišení od nespravedlivých a svým pozitivismem dospívá k tvrzení, že i odporující si normy mohou v tomtéž právním řádu platiti, jen „prýští-li“ z téhož „normového subjektu“. Tím dává z ruky největší zisk, jež nám jeho spis měl přinést, totiž své vlastní vyvrácení pojmu státu jako mocenského subjektu. Neboť není-li pro právo ničeho jiného třeba, než aby norma „prýštila“ ze státu, definuje-li svou „svrchovanost právního řádu“, již s takovou emfasi právem staví proti svrchovanosti právní moci, jako „myšlenku, že každý normový soubor lze si představit s kterýmkoliv konkrétním obsahem, jinými slovy, jediným důvodem poznání, že určitá norma platí (existuje) jest příslušnost její k normovému souboru, jež poznáváme; důvod poznání, že příslušnost jest dána, naléztí možno opět v obsahu normového komplexu; tam stanoveny podmínky, za kterých norma jeví se jako jeho součást“ (str. 105.): vzdává se zisku, jehož chtěl dosíci. Tak vyhoví-li zákonodární činitelé jen formálním požadavkům ústavy, mohou libovolné násilí (černovlasí nemají práva volebního) neb i libovolnou nemožnost (lidé mají býti 3 m velcí) učiniti právem, ano i interpret potřebuje jen tvrditi, že určitý obsah nalezl v určitém zákoně, aby byl uznán „za projev státu“.

K těmto výsledkům vede právě onen přemet z exatního myšlení do myšlení pozitivního. Kdyby byl Weyr promyslel předpoklady, na nichž počal budovati, nemohl nikdy k těmto důsledkům dojíti. Pak by byl ovšem musil připustiti možnost, že zákonodárce i interpret se mohou mýliti, právě požadavek jednotného myšlení, jež chtěl vtělit do svého státu, by mu byl však vůdcem, aby rozlišil takovéto anomalie od případů normálních, vědecky

myslitelných. Nebyl by tím nikterak snížil právní vědu proti ostatním vědám, kdyby byl připustil možnost zákonů právně nemyslitelných; každá věda, jež obrací svou pozornost k empirickým zjevům, je si vědoma, že je mnoho věcí „mezi nebem a zemí“, jež racionálnímu pochopení se vymykají, aspoň při dnešním stavu vědy. To však nebrání, aby se nesnažily tyto iracionální prvky buď jako smyslové klamy vyloučiti, nebo hledati cesty, jak je přece do jednotné přírody zapracovati. Stejně i právní věda musí proti zákonu, jenž odporuje logice právního řádu, buď se snažiti, aby interpretací přece jej přizpůsobila požadavku jednotnosti, i. e. spravedlnosti, nebo musí jej otevřeně označiti jako násilí, jež, jak právě Weyr nejdůrazněji hájí, normativnímu a tím i právnímu chápání se vymyká.

7. Jak jest však možno, že auctor kvalit Weyrových přehlédli tyto slabiny svého systému? Zdá se mi, že Weyra tu stihl osud Kolumbův. Vydal se statečně na cestu, aby objevil nový přístup k pokladům právní noetiky. Nepřesná orientace jej dovedla na břehy neméně úrodné země exaktní vědy právní. Neuvědomiv si to však, lokalizuje Weyr své objevy na mapě našeho globus intellectualis zcela chybně, vyvozuje ze svých poznatků důsledky, jichž míti nemohou a naopak přehlíží možnosti, jež se mu otevírají.

Noetický poznatek, od něhož Weyr vychází, totiž, že právnické poznatky nelze tvořiti ve formě kausálního myšlení, i důsledky, jež z toho vyvozuje jednak proti směšování poznatků sociologických s právnickými, jednak zvláště proti vnášení momentů kausálních, jako pojmu moci do práva, jsou skutečným ziskem pro metodologii právnickou.

Neuvědomiv si však dobře rozdíl mezi noetikou a exaktními vědami, nepokračuje Weyr na cestě vysvětlování podmínek a mezi právnického myšlení, nýbrž obrací se k otázkám, jež již nepatří do noetiky, nýbrž patřily by do jakési exaktní vědy právní. Sem počítám jeho pojem normového subjektu a zvláště jeho pojem povinnosti. Z tohoto pojmu činí Weyr ústřední pojem své právní filosofie (str. 32, 151, 159, 167). Povinnost je mu to, co — dle normy — „má býti“, uvažujeme-li je v relaci k tomu, kdo má tento stav, normou požadovaný přivoditi, nebo zachovati (str. 159). V tomto pojmu, jak se nám zdá, Weyr nevědomky objevuje skutečně relaci, jež pro normativní chápání může býti významnější, než relace práva. Uznáváme s Weyrem, že možno na těchto základech dojiti k závěru, na první pohled zarážejícímu, že „pojem „oprávnění“ normativně vůbec konstruovati nelze“ (str. 154). Tím více litujeme, že Weyr právě neuvědomuje si zcela metodického významu svého objevu, nevytěžil z něho tolik, kolik by bylo žádoucí. Na tomto místě litujeme nejvíce, že Weyr tak suverenně přehlíží téměř všechnu dosavadní literaturu právně filosofickou — mimo ovšem Kelsenovy Hauptprobleme. Byl by se přesvědčil, že onen despekt, s nímž hledí na konstrukce přirozenoprávní, byl pochopitelný v dobách, kdy filosofie právní byla vůbec zamítána, že však je méně pochopitelný u auctora, jenž zase chce právní filosofii získati oprávněný její význam. A byl by se zvláště přesvědčil, že novější právní filosofie nevidí již v konstrukcích přirozenoprávních fantastické hříčky, nýbrž třeba neuvědomělé pokusy o zavedení metod exaktních věd do právní vědy. A byl by si snad povšimnul, že právě to, co je na jeho filosofii nejcennejšího, totiž důsledné dodržování normativní formy myšlení, konstrukce nor-

mového subjektu a pojmu povinnosti jsou velmi slibné náběhy k novému systému exaktní pravovědy. A kdyby byl tu péči, již věnuje podružným rozporům mezi vlastním učením a učením Kelsenovým, vynaložil na srovnání svých apriorních konstrukcí s konstrukcemi přirozenoprávními, byl by snad učinil objev metodologicky velmi zajímavý. Totiž, že je prvním, jenž proti individualistické exaktní pravovědě staví exaktní pravovědu kolektivistickou. Kdežto totiž dosavadní zastanci přirozeného práva, Stammlera k nim počítaje, se snažili konstruovati apriorní normy exaktní na předpokladu individuálních na celku nezávislých práv, jest Weyr — bohužel nevědomky — na nejlepší cestě konstruovati apriorní normy na předpokladu zániku individua v celku. Individuum vstupuje do právního myšlení Weyrova jako „subjekt povinnosti, nikoliv jako subjekt „vrozených“ práv. Nepochybujeme, že by bylo možno na tomto základě vybudovati exaktní pravovědu, jež by vyhovovala dnešním potřebám právně politickým ženoucím k stále většímu pohlcení jednotlivce společností stejně, jako vyhovovaly konstrukce přirozenoprávní racionalistů francouzských potřebám Velké revoluce. Než bohužel, Weyr neví, že objevil Ameriku a oblouzen svým vzorem Kelsenem, vidí zisk, jež právní vědě přináší, zcela jině. Vidí jej v tom, že škrtnutím péra řeší staré spory právnícké (na př. o rozdílu mezi kogentním s dispositivním předpisem (str. 126), mezi různými formami viny (str. 148), spory o pojem subjektivního práva (str. 154), spory o rozdíl mezi materiálním a formálním právem (str. 157), spory o pojem právní osoby (str. 168), o rozdíl mezi soukromým a veřejným právem (str. 188). Na odstranění „předsudku“ o rozdílu mezi soukromým a veřejným právem Weyr (jako Kelsen) nejvíce si zakládá. Přehlíží, že tento rozdíl jako ostatně celá řada dalších rozdílů, jež v závěru svého spisu zamítá (str. 217 n.) i rozdíly, jež jsou následkem hofejších sporů, mu mizí proto a potud, pokud konstruuje exaktní vědu právní. Tu ovšem by bylo pošetilo tyto rozdíly hledati, poněvadž tu jde o rozdíly v empirickém obsahu norem, jichž při exaktním uvažování vědomě a úmyslně pomíjíme. Proto pokládáme tyto „objevy“ Weyrovy, totiž negativní stanovisko, jež zaujímá k základním sporům právním, za pouhé petitio principii. Řeknu-li, že v právní vědě mi nejde o obsah normy, nýbrž jen o možnosti myšlení, jež formou normativního myšlení jsou mi dány, není třeba obšírného důkazu o tom, že v právní vědě takto pojaté mi zmizí všechny rozdíly, jež činíme mezi normami co do jejich obsahu. Jakmile však ze vzduchoprázdných sfér exaktních věd sestoupíme na půdu skutečného lidského snažení a toužení, do víru oněch různotvárných a stále se měnících představ o tom, co „býti má“, a jakmile tuto materii chceme myšlenkově ovládnouti, neobejdeme se bez jejího členění. Ovšem že toto členění je, jako vše empirické, podmíněno a dikto- váno především ohledy účelnosti, ale nemůžeme proto přece takovému členění prostě odmítnouti tvrzením: v mé sféře exaktních poznatků tyto rozdíly nemají smyslu. Pro zákony volného pádu je též lhostejno chemické složení, barva, atd. padajícího předmětu. Tím však není řečeno, že by tyto rozdíly tu nebyly. Ovšem namítne se se stanoviska Weyrova: ano, ale tyto rozdíly nepadají do vědy, o níž mi právě jde. Nic by konečně nebránilo, kdyby Weyr v odporu s dosavadní mluvou chtěl právní vědou nazvati jen exaktní poznatky právnícké, a pak by skutečně tyto rozdíly nebyly právníckými,

jako není matematickým poznatkem rozdíl mezi počítanými jablky a počítanými kuličkami na počítadle. K tomu by však bylo třeba dvojího: Především, aby nám Weyr skutečně podal takovouto exaktní pravovědu. A za druhé, aby vynalezl nové jméno pro vědu, jež myšlenkově zpracovává a v jednotnou soustavu pořádá normy tohoto světa, totiž skutečné lidské názory o tom, co býti má, ať potom se vyskytují v zákonech, nebo ve smlouvách, nebo v denním rozhodování. Mám-li tyto normy jednotně mysliti, nestačí právě s Weyrem prostě konstatovati z ústavy, zda pramení z normového subjektu, státu, nýbrž musím si uvědomiti podobu a rozdíly mezi jednotlivými jejich skupinami. Jinak právě nedojdu k myšlenkové jednotě, ke spravedlnosti v rozhodování, nýbrž k faktické jednotě původce normy, k poznatku zajímavému snad historicky, ale právnicky o sobě bezvýznamnému, poněvadž právě jej nemohu mysliti jako nutnou součást normy, myšlenky o tom, co býti má.

A tím přicházím k poslednímu, psychologickému prameni onoho základního omylu Weyrova, jež jsme náhoře obšírněji se pokoušeli vyvrátiti; totiž záměny práva se zákonem. Weyr chce patrně se uvarovati důsledek, že by při jeho zamítání rozdílů mezi normami podle obsahu, mu mohl zmizeti i rozdíl mezi zákonem a jakoukoliv třebaš sebe fantastičtější představou o tom, co býti má. Představa, že zákon za každou cenu nutno prohlásiti za normu právní, je u něho tak silná, že jej svádí k záměně zákonodárce za stát jako konstruovaný normový subjekt. Přehlíží, že právě i rozdíl mezi zákonem a jinou normou jest jen historický, empirický, a že tedy mizí v exaktní vědě právní. Preponderance zákona před jinými normami, jež vystupují s nárokem, aby za právní byly uznány, netkví, jak Weyr se domnívá, v jakémsi bezprostřednějším poměru k normovému subjektu, nýbrž je historicky podmíněnou konvencí. Aby se dosáhlo sociálního cíle: bezpečnosti právního styku, vypravuje společnost určité normy jakýmsi nuceným kursem, totiž, že bez dalšího zkoumání musí býti přijaty za správné, t. j. spravedlivé. To není však, jak Weyr by rád ukázal, nutnost myšlenková, nýbrž nutnost historicky podmíněná. Zákon má pro obor myšlení normativního asi ten význam, jaký pro obor myšlení kauzálního měla v určitých dobách dogmata církevní. Byly to též pravdy s nuceným kursem, jež věda musila respektovati.

Přes to, že na otázky, jež v úvodě jsme kritice Weyrova spisu předložili, totiž po logické správnosti a praktické upotřebitelnosti jeho systému, musíme odpověděti záporně, doufáme, že z hořejších rozborů dosti jasně jde na jevo, že spis Weyrův znamená značné obohacení právní metodologie, a že by bylo jen ku prospěchu, kdyby Weyr tento první svůj soustavný výklad podrobil novému přesnějšimu zpracování. Jsem přesvědčen, že nebude-li se tak úzkostlivě držeti svého vzoru, Kelsena, věnuje-li aspoň stejnou pozornost i jiným pokusům o prohloubení právní metodologie, oprávi nynější metodické nejasnosti a podá nám spis, jenž by mohl nésti název „Základy právní filosofie“ s větším právem, než tento první pokus.

Jaroslav Kalláb.

Římské právo.

Novější věda italská o definicích římských obligací.

O tomto thematě bylo poslední dobou v Itálii dosti psáno. Ex professo zabývá se jím Antonio *Marchi* ve své práci: *Le definizioni romane dell' obbligazioni* Spoleto 1916, jež vyšla v *Bulletinu dell' istituto del diritto romano* XXIX. 1918. Hlavní pozornost věnujeme této práci, přihlížejíce i k jiné novější italské literatuře, pokud se dotýká definicí římských obligací.

Marchi obírá se interpretací a hodnocením dvou všeobecně uznávaných definicí římské obligace, totiž textem Paulových institucí D 44, 7, 3 pr. a definicí Florentinovou (*Ferrini v Bull. dell' istit. d. dir. r. XIII. str. 172*) Inst. 3, 13 pr.

Již ve své inaugurační řeči na téma: *Figure e realtà nella terminologia dell' obbligazione romana* (vyšla 1913 Macerata. Tip. Bianchini) obírá se problémem podobným; vychází od slov „obligatio, obligare“, jež dle svého prvotního významu vyjadřují stav spoutanosti, vázanosti, v dalším stadiu a jako obraz vyjadřují, že někdo jest zodpověden a konečně i, že někdo jest povinen. V tom jest však prý odpor; neboť řeknu-li o tom, kdo jest povinen něco splniti, že jest vázán, obligatus, vytváří si představu, že jest svázán, zbaven volnosti pohybu a jednání a tedy i možnosti splniti obligaci, pokud tu nejde o obligaci, jejíž obsahem jest opominutí. Proč tedy užívali Římané k vyjádření myšlenky oblig. závazku obrazu, který a ideou tou jest v odporu? Vysvětlení nachází autor v pojmu primitivní obligace; podle toho pachatel deliktu i „nexus“ byli obligati, ne proto, že měli povinnost zaplatiti, ale že byli ve stavu nemožnosti, ujití pomstě (uspokojení) věřitele nebo uraženého, nesplnil-li dlužník smlouvy neb nezaplatili-li agnāti pokuty.

Nyní si všimněme, jak *Marchi* nahlíží na prvou z cit. definicí. Opraviv text ve dvou směrech, „aliud“ ve florentském rukopisu se nacházející, v „alium“ (k docílení smyslu věty celé) a dále singular sloves „faciat, obstringat“ v plural „faciant, obstringant“ (scil. obligationes) dochází k následující parafrasi textu: To, co charakterisuje právní jednání obligační (obligationum subst. a kontr. způsobů nabytí vlastnictví a služeb;) od způsobů nabytí práva vlastnického a služebnosti, jest, že bezprostřední účinek oněch není — na rozdíl od těchto — nabytí práva vlastnického nebo služebnosti, nýbrž vznik právního poměru, který váže jiné vůči nám, aby nám opatřili ona práva sama, vykonajíce potřebné úkony právní, něco vykonali neb opominuli, za něco ručili. Co tedy charakterisuje podle toho kausy obligační, táže se autor. To, že dávají vznikati právnímu poměru, který váže jiné vůči nám ad aliquid dandum etc.? To by nebylo přesné, vždyť každý právní poměr dává vznikati povinnosti k určitému chování, ad faciendum? Či snad negativní kritérium (non in eo atd.) podává nám přesnější charakterisování a leží snad ono ve vyloučení účinku bezprostředního nabytí práva vlastnického a služebnosti, nebo jinými slovy, leží charakteristika v tom, že kausy obligační dávají nám nabytí právo jiné než právo vlastnictví a služebnosti? Tu však je správné a přesné popsání tohoto jiného práva (obligačního), že váže jiné ad aliquid dandum, faciendum, praestandum? Pokud se

týče práv obligačních, jichž obsahem jest dare a praestare, jest podle autora evidentní, že věřitel stane se vlastníkem nebo oprávněným subjektem ze služebnosti teprve na základě „datio“ dlužníkovy, takže má, než tato „datio“ bude vykonána, právo zcela jiné. Naproti tomu ohledně obligací, jichž předmětem jest faciendum, nestačí uvedené kritérium k diferencování od vlastnictví a služebnosti, vždyť i ty vážou všechny ostatní k nerušení těchto práv, ad faciendum.

Tudíž text Paulův ani neurčuje přesně to, co charakterisuje kauzy obligační, ani nerozrůžňuje jich přesně od způsobů nabytí vlastnictví a služebnosti; nelze z něho také vyvozovati známé distinkce: právo věcné, právo obligační.

Přes značnou přesvědčivost autorovy interpretace nelze s ním ve všem souhlasiti. Dosti těžko jest se zbaviti obvyklé představy, že v definici „Obligationum substantia“ jde o vystižení podstaty práva obligačního a jeho účinků. Těžko se budeme nutiti viděti ve výrazu „obligationum substantia“ podstatu právních jednání, nebo snad lépe smluv obligačních, když srovnání s textem Gajových institucí 2, 12—14 nás utvrzuje v názoru, že jsou zde definovány „obligationes quoquo modo contractae“, iura obligationum náležející mezi res incorporales; v textu Gajově se praví „quod et aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est“, nečekáme tudíž v naší definici obligace ničeho spíše, než v jakém poměru k věřiteli ona „res corporalis, corpus“ jest; správně pak jest vystižen pojem takového práva obligačního popřením účinku „corpus nostrum facere“ jako bezprostředního a pozitivním vytknutím toho, že jiná osoba jest zavázána, uvést nás v onen poměr k věci. Totéž by platilo o služebnosti jako předmětu obligace. Pokud pak to, „quod nobis debetur“, spočívá ve faktické činnosti, odpadá negativní vystižení účinku a zbývá jen pozitivní.

Než vraťme se k autorovi. S výsledkem, k němuž dospěl, pouští se do nejzajímavější otázky, zda a do jaké míry jest text Paulův interpolován. Známé jest naprosto odmítavé postavení *Perozziho* proti tomuto textu z důvodů formálních (substantia = řecké *ὀφείλα*, nepěkný výraz substantia facit, obstringit alium místo očekávaného aliquem) i z důvodů věcných (na př. diferencování práv obligačních a věcných, jež se zde činí, nevyskytuje se v žádném jiném klassickém textě). Stanovisko *Perozziho* nebylo přijato. *Bonfante* ve svých obligacích (*Corso di diritto romano* Pavia Marelli 1911 a Roma 1918/1919) poukázal k tomu, že výraz substantia nachází se u klassických právníků v materii omylu ve stejném významu jako onen výraz řecký, že též *Perozziho* o tom, že naše definice jest byzantskou transformací actio in personam, nemá podkladu, jen actio in personam podle Gajových institucí se uděluje právě proti tomu, „qui obligatus est“, že i v definici přicházející „alium“ jest pěknou antitézí proti „ego“, jež jest skryto v „nostrum, nostram, nobis“. Stejná terminologie v textu Gajově o actio in personam a v textu Paulově „obligationum substantia“ jest pak dle *Carusiho* (*Sul concetto della obbligazione — in Studi di dir. rom., mod. e di st. d. dir. in onore di V. Scialoja* Milano 1905) výrazem paralelismu, který nutně povstává mezi žalobami (in rem a in personam) a právními poměry garantovanými těmito žalobami.

Marchi v cit. práci vrací se především k uvedeným chybám textu „faciat,

obstringat“ (obligationes!) a „aliud“ a naproti názoru *Pacchioniho*, — který v dodatku k italskému příkladu obligaci Savignyho I, 1912 byl by ochoten připustiti též nesprávnost singuláru „faciat, obstringat“, avšak nikoli na úkor původnosti textu, připouštíže toliko nesprávnost vinou opisovače, — zastává naopak, že tato nesprávnost jest indiciem interpolace a uvádí:

Náš text, který byl umístěn v partii jednající o mutuu a neměl tak všeobecného dosahu, vztahuje se na určitou kauzu obligační (dokladem singular faciat, obstringat!), byl kompilatory jako všeobecná sentence vztažen na veškeré kauzy obligační. Důvodem interpolace byla nutnost differencovati tyto kauzy obligační od důvodů vzniku práv věcných, pocítovaná po zániku starobylých forem a kontraktů a povýšení konsensu stran za hlavní faktor právních jednání věcných i obligačních.

Mysli-li původce rozebraného textu na určitý kontrakt a chce vyjádřiti, k čemu jest dlužník z něho povinen, nebude zajisté mluvit o každém myslitelném plnění obligačním „dare, facere, praestare“, nýbrž jen o plnění kontraktu tomu vlastním. Tím dochází autor k vyloučení fráze „ad aliquid dandum vel faciendum vel praestandum“ jako interpolované, čímž získává půdu pro slovo „aliud“ (ve F), jehož korigování na „alium“ vyžadoval by smysl celé věty, kteréžto slove však neopraveno dává dobrý smysl, zastupující nepůvodní frázi „ad aliquid dandum atd.“

Vztahovalo se pak naše místo k starobylému nexu. Již *Pacchioni* v cit. díle vycítil ideu nexa v definicích římských obligací. *Marchi* však vidí v našem textu skutečnou definici nexa a rozrůznění jeho od mancipace, s níž mělo stejnou formu a druhdy i stejné označení.

Auter upozorňuje na nové možné pojetí slov „corpus servitus“: výrazy ty mohou se vztahovati na tvrdé účinky nexa, že věřitel nabýval moci nad tělem dlužníkovým (corpus) a mohl jej prodati do otroctví (servitus). Chápe-li takto text, chápeme i jeho umístění v partii jednající o mutuu, s nímž nexum bylo v nejužším spojení, a chápeme, že *Paulus*, který i v jiných citátech projevil nevšední kulturu historickou, mohl napsati: „Nexi substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum“, aut servitute nostram faciat, sed ut aliud nobis obstringat“. Výsledek, k němuž autor dochází, náleží arci do světa hypotés, a lze-li podstatu nexa vyjádřiti slovy „ut aliud nobis obstringat“, jest ještě velká otázka. Aspoň výsledky nového badání o nexu (*Mitteis*, *Lenel*, *Pfúger*, *Pacchioni* a j.) ukazují podstatu nexa v sebezastavení dlužníkově za účelem záruky za dluh, a má-li se viděti pojem staré obligace v ryzi osobní poddanosti, takže osoba jest předmětem obligace, jest in obligatione, peníze jsou jen in solutione (*Bonfante* *Obligace*), nenalezneme přesného vystižení toho v uvedené frázi, která značí věcnou záruku. Také z umístění našeho textu ničeho nevyplývá ve prospěch thése *Marchiho*; jedná-li následující paragraf o mutuu, nejedná o mutuu hned celý fragment *Institucí* *Paulových*, vždyť v paragrafu hned následujícím, části téhož fragmentu *Institucí*, mluví se o verbálním kontraktu.

V druhé části své práce zabývá se *A. Marchi* definicí obsaženou v *Institucích* 3, 13, pr.

Uvědomiv si, že z dvou ablativů v této definici se nacházejících, quo necessitate, prvý jest „un ablativo di causa o rei officientis“, druhý pak „un

ablative di mezzo“, dochází k následujícímu překladu slovnímu: Obligace jest právní pouto, jehož účinkem (jest, že) jsme vázáni nutností splnit něco, jak předepisují normy našeho státu. Parafrase našeho textu byla by pak dle autora tato: Obligace, jak vyplývá ze slova samého, může se nazvat poutem; správně řečeno poutem nehmožným, ježto uniká našim smyslům, ale právním, jistě však poutem, poněvadž můžeme vyjádřit účinek a typický ráz obligace představou, že účinkem jejím se dostává dlužník do postavení stejného jako ten, kdo jest spoután hmotným poutem, vyjadřující totiž, že účinkem obligace jest dlužník vázán nutností platit něco, jak to předepisují normy našeho státu.

Při takovémto pojetí definice poměru obligačního dochází autor nezbytně k tomu, že právní poměr obligační jest zde pojat jako poměr charakterisovaný poměrem donucovacím; není tu vyslovena idea právní povinnosti, debitum, nýbrž jen idea právní vázanosti (costrizione), ručením, právě tak, jako v řadě textů jiných, jež autor uvádí. (Varro de lingua latina 6, 71, Cod. 4, 38, 13, Dig. 44, 7, 8, Dig. 33, 1, 7, Dig. 50, 16, 108 a j.)

K tomu by bylo podotknouti, že sice význam slova obligatio v pramenech jest velmi různý a často vztahuje se výlučně na ideu donucenosti k nějakému chování, na druhé straně ale, vytýká-li některý text pouze určitou stránku poměru obligačního, není tím řečeno, že by nemohla v něm býti alespoň mlčky obsažena též druhá stránka poměru obligačního. Tak na př. v definici Dig. 50, 16, 108, pojmem-li ji takto: „Is debet, a quo invito pecunia exigi potest“, docházíme k úplnému sloučení obou prvků poměru obligačního, dluhu a ručení. Citovaný text Codicis 4, 38, 13 „quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est“ také nepoukazuje na jednostranné pojetí obligace se stanoviska čistého ručení, vždyť slovo „contrahentes“ vyjadřuje účel a důvod vzniku vázanosti, charakterisující obligaci, a tímto účelem jsou závazky stran. Tento důvod vzniku vázanosti, debitum, nalézáme vyjádřen i v definici Instituci 3, 13, pr. frází „alicuius solvendae rei“; pak arci nebudeme považovati „necessitate“ grammaticky za „un ablative di mezzo“ tím jest „quo“ (sc. iuris vinculo), „necessitate“ pak znamená stupen, míru vázanosti a příčinu její nalézáme — jak již řečeno — ve frází „alicuius solvendae rei“.

Tedy Marchi, dospěv k názoru, že naše definice obmezuje se na všeobecné vytknutí donucovacího účinku poměru obligačního, že neuvádí, co jest vlastním a výlučným poměru samého, a že jest právě tak definicí každého poměru garančního, správně usuzuje, že skutečný pojem klassické obligace je jiný; ji tvoří v první řadě nárok věřitelův na splnění a jemu odpovídající povinnost dlužníkovu.

Různé klasifikace pramenů obligací (Gajova, 3, 89, Dig. 44, 7, 1 pr. Inst. 3, 13, 2) zahrnují pouze právní skutečnosti, z nichž aspoň pravidelně nevzechází čistý poměr ručení, ale povinnost právní jím chráněná a garantovaná. A nyní následuje velice subtilní důkaz, že ze dvou elementů, dluhu a ručení, charakterisuje římskou klassickou obligaci první, nikoli druhý.

Jest tudíž vysvětliti divergenci, mezi pojmem obligace, jenž se podává (dle autora) z definice instituci, a skutečným pojmem klassické obligace. Obligace, jako právní poměr, charakterisovaný stavem vázanosti, jest pojem

obligace primitivní. O právu věřitelově na plnění nebylo v ní řeči ani vůči vinníkovi, ani vůči filii familias, jenž se stal „nexus“, ježto neměli vlastní způsobilosti platiti, ani vůči agnátům nebo patru familias, kteří měli naopak právo zaplatiti za účelem výkupu, ne však právní povinnost; ovšem osvo-bození své osoby nedosáhli jinak, než zaplacením a obligace vyjadřovala tuto krajní donucenost jejich.

Souhlas, který takto našel autor v pojmu obligace staré a v pojmu obligace, jak se jemu podává z definice institucí, není náhodným; často nacházíme v římském právu sebrány i opakovány ideje zdánlivě chybné, ve skutečnosti však ideje tradiční, odpovídající přežitému stavu práva. Tak se stalo podle autora, že původce rozebírané definice, který si vzal za úkol definovati klassickou obligaci, podává nám definici obligace primitivní.

Ale přes to jest tato definice i se stanoviska dogmatického autorovi cennější jiných obligací, neboť luští problém (svého času Perozzim prohlášený za neroz-luštitelný), čím obligace jako právní povinnost se liší od ostatních právních povinností. To zodpovídá definice Institucí vyjadřující akt dlužníkův, k ně-muž jest obligací zavázán, jako *solutio*. Ježto placení, *solutio*, zrovna tak jako darování, odkaz atd. jest akt právní, mající znaky vlastní, lišící ho od jiného aktu právního, vychází z toho, že text, označuje úkon dlužníkův jako *solutio*, individualisuje jej co nejpřesněji, a tím i obligaci od každé jiné právní povin-nosti. Tak dochází autor k tomu, že původce naší definice vlastně chtěl říci toto: *Obligatio est iuris vinculum alicuius solvendae rei*. Výsledek, k němuž autor dochází, jest více méně abstraktní formulkou: zdá se, že diferencování práv obligačních od ostatních, jmenovitě eticko právních povinností, jinými vyslovené, totiž nevynutitelnost povinnosti obligační o sobě za současné ga-rancie její na majetku dlužníkově (nesplní-li dlužník *dobrovolně*) (*Bonfante*) jest případnější.

Ovšem hodnocení resultátu není hodnocením práce samé; jistou cenou práce jest duchaplné a do samých finess jdoucí zpracování myšlenkového materiálu, vědeckou prací dosavadní, jmenovitě italskou, nashromážděného.

Dr. Jan Vážný.

Nové theorie italské o vzniku římské obligace.

O vzniku a struktuře primitivní obligace římské vyšly v nejnovější době důležité studie italské, a to: Sylvia Perozziho *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto* (Bologna 1916), a dvě práce Emilia Bettiho *La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi* (discorso inaugurale con note esplicative, Camerino 1919) a *Il concetto della obli-gazione costruito dal punto di vista dell' azione* (Pavia 1919).

K správnému posouzení nových výsledků v tomto oboru jest zapotřebí stručně se zmíniti o výsledcích vědecké práce italské, na jejichž základě autoři těchto knih pracovali. Zmíníme se o theorii, k níž dospěl *Bonfante* ve svých *Obligacích* (*Lezioni di diritto romano* 1919).

Pramenem primitivní obligace jest delikt. Funkce její jest trestní a, ježto vzniká v poměrech mezi skupinami autonomními *gentes*, ráz jest mezi-národní. Kdežto z poměrů obchodu (výměnného) nevychází v primitivní době

obligace, ježto směna děje se bezprostředně, vzbízí stav vázanosti, zodpovědnost z deliktu v tom smyslu, že kmen, jehož příslušník spáchal delikt, jest povinen dáti zadostučinění, chce-li se vyvarovati války. Vinník musí podstoupit trest, možno říci, že jeho kmen jest zavázán vydati ho, aby podstoupil trest spočívající v usmrcení nebo v prodeji do otroctví. Avšak může se vykoupiti zaplacením určité summy, na níž se shodne s poškozeným — dobrovolná pokuta, kteráž se stává zákonnou, jakmile stát reguluje tuto pokutu, pravděpodobně podle ustáleného zvyku. První historickou figuru obligace z kontraktu máme v mutuu; kdo přijímá zápůjčku, nebo jiný za něho, podrobuje se věřiteli: prodává sebe sama v nejstarší formě prodeje (která se pak stala slavnostní ceremonií jakéhokoli převodu), to jest mancipium nebo nexum, čímž se stává rukojmím a dostává se fakticky do postavení otrockého vůči věřiteli. Po zákonu Poeteliově obligace jako skutečná podrobenost osobní s možností výkupu se přetvořila v právní poměr majetkový, vinculum obligationis nepostihovalo však již osobu, ale majetek.

Názory až dosud uvedené byly z velké části východiskem citované práce Perozziho, v níž autor se obírá úkolem objasniti, jak z obligací z deliktu, charakterizovaného jako čin válečný, atto di guerra, došlo se k obligacím z kontraktu, specifikovaného jako atto di pace, affare, ne conventio, při čemž původ této obligace chce nalézt ve sponsi, soudě totiž o mutuu, že pojetí jeho jako kontrakt jest pozdější.

Původ obligace kontraktní spadá podle Perozziho také do doby autonomie gentilické. Tam padá i vznik sponse. Původně byla přísahou. Smlouvy jednotlivých kmenů byly samy o sobě nezávazné. Aktem tvořícím závaznost slibujícího nemohla býti v době úplné samostatnosti kontrahujících nic jiného než přísaha, jako vůbec base poměrů mezinárodních jest fas, nikoli ius. Sponsio byla přísahou jednak dlužníkovou, obsahujíc slib, jednak ručitelovou, obsahujíc garancii. Měla tedy různý smysl, byla slibem, nebo garancii. Přísaha slibná váže přísahajícího pouze vůči božstvu. Zodpovědnost vůči příjemci přísahy podstupuje tercius, který přísahá, že věc slíbená bude dána; on neslibuje ani vlastního „dare“ nebo „facere“ spočívajícího v přičinění se, aby bylo dáno, ani neslibuje, co hlavní dlužník dá; přísahá, že určitá událost se uskuteční, že bude dáno; význam této přísahy jest v tom, že chce se vydati pomstě věřitelově v případě, že událost se nesplní.

Dalo by se namítnouti, jak autor sám vyzdvihuje, že v mezinárodních smlouvách uzavřených Římem, nenalézáme vůbec států jako garantů, sponse ve své původní podstatě přísahy mezigitilické, že byla tedy jen slibem, nikoli garancii; Perozzi jest si vědom, že době úplné autonomie gentilické nenáležela ještě sponsio garanční: tato náleží další etapě, spojení kmenů ve federaci. Federace na základě společné národnosti umožnila nový typ přísahy, garanční, utvořivši morální společenství mezi dlužníkem a ručitelem; ježto federace nezrušila politické osobnosti spojených kmenů, zůstala mezi nimi možnou přísaha a nyní též, jak řečeno, garanční.

Tímto učením o vzniku sponse dostává se Perozzi do úplného odporu s teorií *Mitteisovou* (Über die Herkunft der Stipulation 1907), hledající původ sponse v procesní garancii, a uvádí proti hlavním jeho argumentům toto:

Okolnost, že v pramenech se užívá termínu „sponsor“ jako garant, a

ne jako promitent, jest přímým důsledkem nových forem stipulace; kdežto totiž forma „spondeo“ zůstala specifickým druhem garancie, odlišným od jiných způsobů vejiti v záruku (fide promitto, fide iubeo), sloužila *slibu* bez rozdílu jak forma spondeo, tak i jiné formy; bylo by zbytečnou pedanterií a pramenem konfusí, aby dlužník, slibivší formou spondeo, byl zván sponsor; on byl za všech okolností zván všeobecným termínem „promissor“.

Vztah, který shledává Mitteis mezi vadimoniem a sponsi, mezi starými vades a novými sponsores, uvádí velmi správně na pravou míru Perozzi tím, že vades se zavazují formulí „*vas sum*“ na otázku „*vas es*“; vadimonium není slibem, tak málo obsahuje v sobě idey slibu, že jsou možny fráze „*vadimonium promittere, stipulari*“. Totéž platí o praedes, kdež formule, jak s Festa vyplývá, zněly „*praes es, praes sum*“.

Shodu Mitteisem vytklenou mezi praedes danými magistrátu a sponsi, že jest v obou případech forma ústní otázky a odpovědi, zeslabuje Perozzi tím, že formy otázky a odpovědi užívalo se v přemnohých právních jednáních, které nemají se sponsi co činiti (leges rogatae, adopee, coemptio matrimonii causa).

Vylučnost formy „spondeo“ pouze pro občany římské netřeba podle Perozziho vysvětlovati důvody processními, když vysvětlení podává původní mezinárodní ráz sponse.

Praedes a vades jsou v naprostém odporu podle Perozziho s institucí sponsio jak co do kausy, tak co do předmětu.

Tam obmezení na určité případy a účely, zde nekonečné případy a okolnosti, za nichž někdo slibuje dare summy peněžitě.

Tam garantuje se jak dare, tak facere (dostavení se osoby na soud), zde v první době předmět co nejvíce obmezen.

Žádný z garantů, „praedes, vades“ nepřipojoval se k úmluvě mezi dvěma stranami a neručil ani za zákonnou snad povinnost strany. Osoba, za kterou se zavazoval, vůbec nebyla zodpovědná, proto právě dávala praedes. Primitivní právo nezná vůbec garanta zavázaného jen akcessoricky vedle dlužníka hlavního, zná jen dlužníka zavázaného za jiného, který sám zodpověden není. Jak mohla tedy, dovozuje Perozzi, sponsio jako garancie úmluvy vzniknouti z aktů, jež neměly této povahy?

Jiné zajímavé pozorování Perozziho jest to, že praedes, vades jsou instituty veřejnoprávní, sponse, vzniknuvší v právu mezinárodním, nikoli vnitřním právu veřejném obce, svou povahou náleží právu soukromému.

Konečně nejpádňější argument Perozziho jest ten, že praedes a vades zůstali pouze garanty; naproti tomu sponse jako autogarancie přetvořila se ve slib právně účinný; byla-li tedy sponsio přetvořenou praediaturou, není vysvětlitelno, proč trvaly oba instituty vedle sebe, proč nepřetvořila se praediatura po vzoru sponse.

V dalším zabývá se Perozzi učením, jež vidí původ sponse v *garancii* přistupující k *úmluvě*, nejdříve ke smíru (pacisci) v případě deliktu. Vznáší námitku: z jakého důvodu bylo třeba formy k založení *zodpovědnosti*, když založení *dluhu* dalo se bezformálně? Nutnost sponse k založení *zodpovědnosti* a postačitelnost bezformálně úmluvy k založení dluhu jsou mu dvě věci, jež nedají se dohromady kombinovati. Dokazuje, že idea *Gierkova*

obligace, ježto směna děje se bezprostředně, vzbízí stav vázanosti, zodpovědnost z deliktu v tom smyslu, že kmen, jehož příslušník spáchal delikt, jest povinen dáti zadostučinění, chce-li se vyvarovati války. Vinník musí podsteupit trest, možno říci, že jeho kmen jest zavázán vydati ho, aby podstoupil trest spočívající v usmrcení nebo v prodeji do otroctví. Avšak můžeme se vykoupiti zaplacením určité summy, na niž se shodne s poškozeným — dobrovolná pokuta, kteráž se stává zákonnou, jakmile stát reguluje tuto pokutu, pravděpodobně podle ustáleného zvyku. První historickou figuru obligace z kontraktu máme v mutuu; kdo přijímá zápůjčku, nebo jiný za něho, podrobuje se věřiteli: prodává sebe sama v nejstarší formě prodeje (která se pak stala slavnostní ceremonií jakéhokoli převodu), to jest mancipium nebo nexum, čímž se stává rukojmím a dostává se fakticky do postavení otrockého vůči věřiteli. Po zákonu Poeteliově obligace jako skutečná podrobenost osobní s možností výkupu se přetvořila v právní poměr majetkový, vinculum obligationis nepostihovalo však již osobu, ale majetek.

Názory až dosud uvedené byly z velké části východiskem citované práce Perozziho, v níž autor se obírá úkolem objasnit, jak z obligací z deliktu, charakterizovaného jako čin válečný, atto di guerra, došlo se k obligacím z kontraktu, specifikovaného jako atto di pace, affare, ne conventio, při čemž původ této obligace chce nalézt ve sponsi, soudě totiž o mutuu, že pojetí jeho jako kontrakt jest pozdější.

Původ obligace kontraktní spadá podle Perozziho také do doby autonomie gentilické. Tam padá i vznik sponse. Původně byla přísahou. Smlouvy jednotlivých kmenů byly samy o sobě nezávazné. Aktem tvořícím závaznost slibujícího nemohla býti v době úplné samostatnosti kontrahujících nic jiného než přísaha, jako vůbec base poměrů mezinárodních jest fas, nikoli ius. Sponsio byla přísahou jednak dlužnickovou, obsahujíc slib, jednak ručitelovou, obsahujíc garancii. Měla tedy různý smysl, byla slibem, nebo garancii. Přísaha slibná váže přísahajícího pouze vůči božstvu. Zodpovědnost vůči příjemci přísahy podstupuje tercius, který přísahá, že věc slíbená bude dána; on neslibuje ani vlastního „dare“ nebo „facere“ spočívajícího v přičinění se, aby bylo dáno, ani neslibuje, co hlavní dlužník dá; přísahá, že určitá událost se uskuteční, že bude dáno; význam této přísahy jest v tom, že chce se vydati pomstě věřitelově v případě, že událost se nesplní.

Dalo by se namítnouti, jak autor sám vyzdvihuje, že v mezinárodních smlouvách uzavřených Římem, nenalézáme vůbec států jako garantů, sponse ve své původní podstatě přísahy mezigentilické, že byla tedy jen slibem, nikoli garancii; Perozzi jest si vědom, že době úplné autonomie gentilické nenáležela ještě sponsio garanční: tato náleží další etapě, spojení kmenů ve federaci. Federace na základě společné národnosti umožnila nový typ přísahy, garanční, utvořivši morální společenství mezi dlužníkem a ručitelem; ježto federace nezrušila politické osobnosti spojených kmenů, zůstala mezi nimi možnou přísaha a nyní též, jak řečeno, garanční.

Tímto učením o vzniku sponse dostává se Perozzi do úplného odporu s teorií *Mitteisovou* (Über die Herkunft der Stipulation 1907), hledající původ sponse v procesní garancii, a uvádí proti hlavním jeho argumentům toto:

Okolnost, že v pramenech se užívá termínu „sponsor“ jako garant, a

ne jako promitent, jest přímým důsledkem nových forem stipulace; kdežto totiž forma „spondeo“ zůstala specifickým druhem garancie, odlišným od jiných způsobů vejiti v záruku (fide promitto, fide iubeo), sloužila *slibu* bez rozdílu jak forma spondeo, tak i jiné formy; bylo by zbytečnou pedanterií a pramenem konfusí, aby dlužník, slibivší formou spondeo, byl zván sponsor; on byl za všech okolností zván všeobecným termínem „promissor“.

Vztah, který shledává Mitteis mezi vadimoniem a sponsi, mezi starými vades a novými sponsores, uvádí velmi správně na pravou míru Perozzi tím, že vades se zavazují formulí „*vas sum*“ na otázku „*vas es*“; vadimonium není slibem, tak málo obsahuje v sobě idey slibu, že jsou možny fráze „*vadimonium promittere, stipulari*“. Totéž platí o praedes, kdež formule, jak s Festa vyplývá, zněly „*praes es, praes sum*“.

Shodu Mitteisem vytklenou mezi praedes danými magistrátu a sponsi, že jest v obou případech forma ústní otázky a odpovědi, seslabuje Perozzi tím, že formy otázky a odpovědi užívalo se v přemnohých právních jednáních, které nemají se sponsi co činiti (*leges rogatae, adopee, coemptio matrimonii causa*).

Vylučnost formy „spondeo“ pouze pro občany římské netřeba podle Perozziho vysvětlovati důvody processními, když vysvětlení podává původní mezinárodní ráz sponse.

Praedes a vades jsou v naprostém odporu podle Perozziho s institucí sponsio jak co do kausy, tak co do předmětu.

Tam obmezení na určité případy a účely, zde nekonečné případy a okolnosti, za nichž někdo slibuje dare summy peněžitě.

Tam garantuje se jak dare, tak facere (dostavení se osoby na soud), zde v první době předmět co nejvíce obmezen.

Žádný z garantů, „praedes, vades“ nepřipojoval se k úmluvě mezi dvěma stranami a neručil ani za zákonnou snad povinnost strany. Osoba, za kterou se zavazoval, vůbec nebyla zodpovědná, proto právě dávala praedes. Primitivní právo nezná vůbec garanta zavázaného jen akcessoricky vedle dlužníka hlavního, zná jen dlužníka zavázaného za jiného, který sám zodpověden není. Jak mohla tedy, dovozuje Perozzi, sponsio jako garancie úmluvy vzniknouti z aktů, jež neměly této povahy?

Jiné zajímavé pozorování Perozziho jest to, že praedes, vades jsou instituty veřejnoprávní, sponse, vzniknuvší v právu mezinárodním, nikoli vnitřním právu veřejném obce, svou povahou náleží právu soukromému.

Konečně nejpádňější argument Perozziho jest ten, že praedes a vades zůstali pouze garanty; naproti tomu sponse jako autogarancie přetvořila se ve slib právně účinný; byla-li tedy sponsio přetvořenou praediaturou, není vysvětlitelno, proč trvaly oba instituty vedle sebe, proč nepřetvořila se praediatura po vzoru sponse.

V dalším zabývá se Perozzi učením, jež vidí původ sponse v garancii přistupující k úmluvě, nejdříve ke smíru (*pacisci*) v případě deliktu. Vznáší námitku: z jakého důvodu bylo třeba formy k založení *zodpovědnosti*, když založení *dluhu* dalo se bezformálně? Nutnost sponse k založení zodpovědnosti a postačitelnost bezformálně úmluvy k založení dluhu jsou mu dvě věci, jež nedají se dohromady kombinovati. Dokazuje, že idea *Gierkova*

o nutnosti formy k založení ručení (Haftung) a bezformálnosti dluhu (Schuld) a odůvodnění toho změnou osobního postavení ručícího neexistuje v právu římském. A připojuje druhou námitku. Jestliže se původně každá garancie poskytovaná sponsi (ať od dlužníka, ať od garanta) spojovala s pouhou úmluvou dostačující k založení dluhu, proč později sponsio garanční nemohla býti připojena ke každé úmluvě, nýbrž pouze k sponsi ?

Stoupenci učení o vzniku sponse z garancie stojí před obtížným úkolem objasniti, jak sponsio zdvojila se co do funkce, zůstavši garancii stala se též slibem. Rozluštění *Cornilovo*, že pro garanta bylo zaplacení dluhu dlužníkem slibeného prostředkem uniknouti pomstě věřitelově, takže kontrakt, jímž garant se vydával pomstě věřitelově, přinášel jemu výslovně osobní zodpovědnost, mlčky dluh, vyvrací jako pojmově nemožné, ježto idea dluhu jest neodlučitelná od své kausy, dluh jest a zůstane pouze toho, kdo slíbil, ne garanta, který slibu neučinil.

Naproti tomu autorem konstruovaná theorie o vzniku sponse vysvětluje jemu mnohé věci jinak záhadné; nebude třeba odůvodnění pro nepochopitelné tvrzení o původní postačitelnosti konvence k slibu a nutnosti slavnostní formy pro garancii, kdežto důvod, proč bylo třeba verbální solennosti jak pro slib tak garancii, jest autorovi ten, že obě se zřizovalo původně slavnostním aktem, přísahou, ježto konvence neměla původně účinnosti ani právní ani náboženské. Proto také sponsio garancie může se připojiti pouze ke kontraktu verbálnímu, nikdy ne ke konvenci, neboť v tomto případě by byla přísahou hlavní; obě přísahy, slibná i garanční tvořily jediný akt, složený ze dvou stejnorodých částí; slůvko „idem“ zevně vyznačovalo spojení.

Po těchto pozitivních konstrukcích a negativní kritice obrací se Perozzi k vlastnímu thematu, vylíčiti postup, jak se přešlo z obligací z deliktu k obligacím z kontraktu.

První oddělení zodpovědnosti od deliktu vidí v instituci prehistorického vindexa — jak si jej sám konstruuje — t. j. osoby odlišné od delinquenta, jež bře na sebe zodpovědnost z deliktu vznikající pro vinníka. To bylo podle Perozziho možno teprve po zavedení pokut z deliktu. Pokud totiž byl delikt důvodem tělesné odvety, nemohl býti z něho zavázán nikdo jiný než vinník. Když však byly zavedeny peněžité pokuty, šlo poškozenému především o její vydobytí, ať od vinníka či od jiného, bylo tedy pojmově možným, aby někdo převzal za vinníka zodpovědnost za zaplacení pokuty a vydání se pomstě věřitelově pro případ nezaplacení.

Pokračující v tomto oddělení zodpovědnosti od deliktu, připustili Římané, aby se někdo vydal pomstě pro případ, že jiný provedl něco, co nebylo deliktem (nezaplatil *summu sacramenta*, nevydal vindikované věci s plody, nedostavil se k soudu, nesplnil přísahu dare). Fikcí vinníka dospěli k fikci deliktu. Obligace kontraktní vycházejí tak z obligací deliktních zásluhou, prostřednictvím pokut peněžitých; tyto uvádějící delikt z důvodu tělesné odvety v důvod peněžní prestace vinníkovy, umožňují přechod odvety z vinníka na osobu jinou, vedle toho však aby někdo byl pojímán jako vinník, uskutěčni-li se akt, který není deliktem a který on nespáchal. Kdo slíbil, není proto zavázán, odpovídá jedině ručitel. Důvod jest jasný. Jak může totiž

povstati zodpovědnost jiného než delinquentu u národa, který zná jen zodpovědnost z deliktu? Podle Perozziho jen pojmovým postavením se na půdu deliktu a odvety: dobrovolným převzetím zodpovědnosti jako by za delikt, kdežto zodpovídající ani deliktu nespáchal, ani čin, za který zodpovídá, není deliktem.

Další vývoj theorie Perozziho jest v připuštění autogarancie se sponsi promittentovou ve všech případech, takže pak každý sponsor — buď jako promittent a garant zároveň, buď jako čistý garant — byl vydán pomstě věřitelově, dále v poneháném vytrácení se intelektuální souvislosti mezi obligací a deliktem, idey o vydání se pomstě věřitelově mlčky učiněného sponsorem i garantem, za to stále větší posilování se idey slibu, takže existence obligace se pojí přímo k faktu slibu. Vznikala zodpovědnost ne pro podrobení se pomstě věřitelově, ale protože slibem byl uskutečněn „atto meramente di pace“.

V celku tedy studie Perozziho, z jejíhož nesmírného myšlenkového materiálu byla podána aspoň hlavní kostra, provádí vytknuté si téma vyličením, jaký byl vývoj obligace ze stipulace. To není arci vývoj obligace z kontraktu, genericky miněného, — přes značnou spornost pojmu kontrakt jest nepochybně, že Římané znali druhovou kategorii contrahere, čehož jest dokladem na př. dogmatický vývoj nepojmenovaných kontraktů — nýbrž jest — a má to býti dle intenci autorových — vývoj prvního kontraktu, prvního „atto di pace“. Pro toho, kdo vidí v kontraktu přes veškeru typičnost obligací kontraktních více, než akt charakterisovaný na rozdíl od deliktů pouhým „di pace“, víc než „affare“ „negotium“, tedy buď si smlouvu obligační, buď si negotium **contractum**, resp. contractus negotii (nehledíc k srovnalé vůli — Bonfante), buď theorie Perozziho o přechodu od obligací z deliktu k obligacím z kontraktu neúplná. Těžko se též bráníme myšlence, že process, jež si autor předsevzal vyličit, se odehrával mimo dosah starobylého nexa, nebo lépe řečeno, bez zřetele na mutuum; myslím, že šel autor ve svých abstrakcích a fikcích (delinquentu a deliktu) poněkud daleko; postrádají motivace přes svou obdivuhodnou logičnost; převzetí zodpovědnosti jakoby za delikt bychom v prvé řadě hledali v mutuu (nexu) pro primitivní příbuznost zápůjčky a deliktu.

Perozzimu samotnému jest ovšem zpracování jeho tématu v uvedeném obmezeném okruhu dáno jeho svérázným typickým nazíráním na římskou obligaci a kontrakt, jež jsou známy z jeho dřívějších prací, hlavně jeho *Obligazione romana a Instituci*.

Názory až dosud uvedené byly podrobeny radikální kritice Emiliem Bettim. V pracích, shora již citovaných, autor se neobmezuje na polemiku, nýbrž tvoří novou hypotézu o vzniku obligace. To platí v prvé řadě o prvé z uvedených knih, *La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, již se budeme zabývat. Druhá kniha, náležející spíše do všeobecné vědy právní, jest vzdálenějším vědeckým substrátem a zdůvodněním knihy prvé.

Primitivní obligace byla podle Bettiho vytvořena recepcí a spolu obměnou jednoho institutu práva mezinárodního, totiž *výkupného* ze zajetí jednak válečného, *redemptio ab hostibus*, jednak mimoválečného, smluvního

odevzdáním rukojmího. To, co převzalo právo římské z práva mezinárodního, nebyl ani tak akt zakládající zajetí, ale ono zajetí, uvěznění samo ve funkci garancie, spojené s možností výkupu. Vskutku postavení dlužníka odvedeného věřitelem následkem legis actio per manus iniectioem, *fakticky* podrobeného tomuto (vincire nervo aut compedibus), *právně* však nadále svobodného občana sui iuris bylo analogické zajetí válečnému; oboje zajetí jest faktické a provisorní, rozvazuje se výkupem (solutio per aes et libram, poena, *πρωή* — redemptio ab hostibus, *ἀποίνα*). Na druhé straně jest postavení dlužníka uvězněného analogické stavu, ve kterém se nachází věc obtížená právem zástavním; společným jest hmotné držení za účelem garancie.

Za první důvod výkupného zajetí (uvěznění) s funkcí garanční, za první důvod obligace považuje Betti *souhlasnou vůli stran*, nikoli delikt a uvádí k tvrzení tomu tyto indicie strukturální i terminologické: Termíny právních jednání (nexum, contrahere) vyjadřují spoutanost. Vyjadřuje-li primitivní obligace stav, ve kterém se nalézá *materielně* spoutaný, jest především přirozeno mysliti na spoutání, jemuž se někdo dobrovolně podrobil, kdežto jen *metaforicky* lze říci, že delikt váže poutem. Termín contractus nevyjadřuje kontrátnost proti deliktu (na př. rozdílnou funkci a právní účinnost vůle); když Římané začali nazývati právní jednání jako pramen obligace slovem „contrahere“, byla tato *jediným* pramenem obligace. Výrazy creditor a debitor, jež se staly později technickými pro označení subjektu *každého* poměru obligačního, dosvědčují, že původním výhradním pramenem obligací byla právní jednání. V dílech didaktických (institucích) jsou obligace z kontraktů zpracovány před obligacemi z deliktů, vykazují zpracování vědecky bohatší a rozčleněnější než tyto, všeobecné nauky jsou vybudovány na oněch. Tudiž schémata a konstrukce typických obligací z právního jednání byla rozšířena analogicky na obligace z deliktů.

Právní situace, již tvoří primitivní delikt, nemůže se podle Bettiho přesně nazvati obligací; ježto jest tu zodpovědnost čistě trestní (pro faktum již minulé z titulu sankce trestní), nikoli zodpovědnost garanční (není tu očekávání budoucího faktu druhým kontrahentem, pro jehož neuskutečnění se právě odpovídá). Z deliktu primitivního nevychází dle Bettiho obligace, nýbrž *přímo* trest, pomsta, a za tím účelem trestní procedura primitivní, manus iniectio trestní.

Avšak do této procedury klade autor primitivní obligaci kontrátní: když osoba deliktem postižená přistupovala k zajetí a uvěznění delinquenty, aby na něm vykonala pomstu usmrcením nebo prodejem do otroctví, mohl tertius dohodnouti se s věřitelem na dočasném propuštění vinníka na svobodu, přejímaje dobrovolně právní posici a zodpovědnost vinníkovu, tedy i faktické uvěznění. Tento intercedent v roli garanta ručil za to, že vinník dočasně propuštěný na svobodu, vrátí se do moci poškozeného po uplynutí doby, na kterou byl odložen trest. Tak povstal kontrakt sponse. Podrobení se consequenci manus iniectioem se tu nedálo prohlášením nebo přísahou, nýbrž reálně, odevzdáním vlastní osoby. Sponse tak by byla analogickou s řeckou *ἐγγυή*. Důvod pro tuto svou konstrukci nalézá autor v identitě struktury mezi exekucí legis actio per manus iniectioem a prvotní trestní manus iniectio (= procedura provádění pomsty). Jako tam vindex jedno-

stranným vystoupením zbavoval dlužníka zodpovědnosti, a dá se předpokládati, že forma vindexa automaticky vystupujícího byla připravena institucí vindexa smluvního, tak patrně v prvotní manus iniectio trestní vindex podroboval se na základě smlouvy s věřitelem stavu bezprávnosti (sacertá) a pomstě, již byl podroben vinník.

Takto vytvořená zodpovědnost vindexova byla již garanční.

Další vývoj vidí Betti v tom, že sponse oddělila se od manus iniectio a byla aplikována na garantování úmluv směřujících předem na vydání osoby, pak zaplacení peněz, a to předem peněz zapůjčených; restituce těchto peněz (aes alienum, debitum = dehibitum) bylo garantováno tím, že se stalo důvodem připojeného ručení osoby třetí. Tím se stalo „debitum“ dalším elementem nové sponse, kdežto v původní sponsi elementu toho nebylo. Garant, odevzdáv se do moci věřitelovy, nesubstituoval již osoby jiné (jako ve sponsi v trestní manus iniectio) ale určitou summou peněz. Jakmile bylo totiž připuštěno, že tělo ručitelovo sloužilo za surrogát peněz, pro případ jich nevrácení, musil být podle autora připuštěn i obrácený princip, že tělo garantovo mohlo být nahrazeno peněžní summou rovnou multiplu zapůjčené. Garant si vyhrazoval tudíž výkup tímto zaplacením.

V dalším vývoji podle Bettiho byla uznána vedle garancie věcné prostředkem sponse na osobách sui iuris s výhradou výkupu garancie věcná na res mancipii a osobách alieni iuris, založená nancipací. Fiduciární převod věci nebo osoby alieni iuris sloužil v tomto případě však nejen garancii věcné, ale i ponenáhlé amortisaci dluhu. Souběžné s těmito formami garancie na věcech a osobách alieni iuris povstala i analogická forma zodpovědnosti osob sui iuris, nexum. To spočívalo podle názoru autora v tom, že ten, jemuž byly formálně vyplaceny někým peníze, podroboval se uvěznění u tohoto, dávaje mu k dispozici vlastní síly pracovní, aby tím zaplatil obdržené peníze.

Konečný vývoj jest podle Bettiho ten, že od uvěznění skutečného přešlo se k uvěznění pouze pomyslnému, potencialnému, vykonatelnému až exekucí, od solutio jako možnosti výkupu k solutio jako splnění subsidiárního dluhu určeného k odškodnění věřitele pro případ, že by se neuskutečnilo garantované faktum; od reální sponse přešlo se k verbální; verbální solennitou přejímá sponsor garancii za splnění dluhu nebo vůbec uskutečnění se fakta (obého nevynutitelného).

Krátce se ještě zmíníme o názoru Bettiho na vývoj obligací z deliktu.

Východiskem jest mu smír mezi postiženým a delinquentem, jímž tento se podroboval jako „nexus“ moci onoho za účelem garancie smluvené poeny. Od smíru smluvního došlo se k obyčejovému a zákonnému. Prává obligace z deliktu, garanční zodpovědnost charakteru civilistického, vyvěrající přímo z deliktu, povstala teprve tehdy, když zákon uložil zaplacení odškodného, zvykem ustáleného. Tak se dospělo z primitivní možnosti výkupu k právní povinnosti (dluhu) peněžního odškodnění. Od té doby, co vznikla pravá obligace z deliktu, delinquent není prostě vydán pomstě, ale jest „obligatus“ t. j. někdo, jehož fyzická osoba (nebo jmění) právně má sloužiti za uspokojení věřiteli na místo peněžitého odškodnění. Delinquent nepodstupuje

exekuci prostě proto, že spáchal delikt, ale proto, že delikt svázal jej poutem, jež nebylo rozvázáno.

To jsou hlavní tése učení Bettiova. Ježto se jedná o problémy velmi subtilní a nesnadné, byl podán — snad proti zvyku — přehledný, celkový a pokud jen možno úplný postup myšlenkový uvedených autorů, ačť namnoze s opominutím systematického uspořádání látky, pokud toho vyžadovala přehlednost; tím snad též vystoupila dosti plasticky různost nazírání obou romanistů.

Aby si připravil půdu pro svou theorii, Betti snaží se vyvrátiti učení o charakteru mezinárodním a funkci trestní primitivní obligace. Popírá, že mezi deliktem v poměrech mezinárodních (mezigitilických) spáchaným a válkou, jím vyvolanou, by byl vztah bezprostřednosti, neodvratitelnosti, ježto prý vedení války se opírá o jiná kriteria — politické vhodnosti a síly vojenské. Funkci primitivní války považuje za exekuci, nikoli trestní. Než na-proti tomu se dá namítnouti, že i soukromná odvěta jest věcí oportunité a moci, a přece má funkci trestní sankce; v obou případech, ať jde o delikt v poměrech mezinárodních, či o delikt v poměrech soukromných, nesé kmen resp. delinquent risiko války resp. odvěty. Též tvrzení o funkci exekuci — a nikoli trestní — primitivních válek sotva odpovídá skutečnosti.

Betti tvrdí, že stav spoutanosti, v němž se nalézá vinník, jest čistý následek deliktu, trest, nikoli něco, co vzhází z *obligace* z deliktu.

Nuže držíme-li se učení o původním charakteru mezinárodním římské obligace, bude obraz jiný. Stav spoutanosti delinquenty — zevně viditelný výraz obligace — není prostý následek deliktu, nýbrž následek deliktů obligace vlastního kmene. Že tato konstrukce není něco naprosto nemožného, soudil bych z klassického institutu *noxae deditio*. V klassických textech (na př. D 39, 6, 18, 3, D 50, 16, 174) jest otrok, dopustivší se deliktu, nazván *noxae nomine obligatus*. Jeho postavení po odevzdání postiženému jest identické s postavením delinquenty vydaného vlastním kmenem kmenu nepřátelskému. Ačť v citovaných místech slovo „obligatus“ neznačí spoutání materiální, nýbrž jen pomyslné, potenciální s možností vysvobození majitelem moci, kdežto primitivní obligace vyšla od spoutání skutečného. *Servus noxae nomine obligatus* není spoután (potenciálně) následkem deliktu, nýbrž následkem obligace pánovy z deliktu otrokova. Jest podotknuti, že otrok nemá vlastního jmění a tudíž právní možnosti zaplatiti „poenu“, on jest „obligatus“ pouze tak, jako byl „obligatus“ delinquent t. j. za současné zodpovědnosti jiného (majitele moci, svého kmene). Tedy zodpovědnost byla původně oddělena od zevně ji vyznačujícího stavu spoutanosti. Ježto však poněmáhlu se uznávalo, že spoutaný má možnost vysvoboditi se smlouvou s postiženým, začalo se více hleděti na stav spoutanosti s možností výkupu než na dopro-vázející jej zodpovědnost skupiny, již spoutaný náležel, a to tím více, čím více tyto skupiny ustupovaly suverenitě jediné obce. Stala se pak spoutanost delinquentova zevním výrazem jeho vlastní zodpovědnosti za zaplacení poeny.

Buď jak buď, obligace z kontraktu byly pozdější než obligace z deliktu. Tvrzení, že by byl dal vzniknutí jim *vindex*, jako prehistorický intercedent

v prehistorické proceduře trestní per manus iniectionem, zdá se býti přes duchaplnost konstrukce i argumentů geniální, než málo pravděpodobnou hypotésou. Pochybují též, že nexum, jež má v konstrukci Bettiho dosti podřízenou funkci, hrálo v processu vývoje, jež nás zajímá, takovou úlohu, jakou mu Betti přisoudil.

Roma 28/1 1920.

Dr. Jan Váňný.

Der Gnomon des Idios Logos bearbeitet von Emil Seckel und Wilhelm Schubart. (Ägypt. Urkunden aus den staatlichen Museen zu Berlin, Griech. Urk. V. 1). Berlin, Weidmann, 1919. 44 str. Erster Teil: der Text von Wilh. Schubart.

Již v r. 1913 bylo v úředních zprávách z král. uměleckých sbírek berlinských známo, že se podařilo získati pro tamnější sbírku papyrů velký svitek papyrový (P. 11630 = ns. 1210), v Egyptě nalezený, na jehož rubu jest rozsáhlý a dobře zachovaný, pro dějiny práva římského nad jiné důležitý text řecký, podávající ve více nežli sto paragrafech právní pravidla římská z polovice 2. století po Kr., jež činí jakousi instrukci pro jednoho z nejvyšších římských úředníků v Egyptě, zvaného idios logos. Původně bylo zamýšleno vydati jednotně text s komentářem juristickým a historickým. Jelikož komentáře tyto posud hotovy nejsou, rozhodla se příslušná komise, uveřejniti prozatím jako první, *Schubartem* vypravenou část edice, alespoň text s německým překladem. Text tento, jenž po alexandrijských *Dikaionata* v Pap. Hal. 1 z polovice 3. století před Kr. (viz *Sborník* 16, 54 ns.) jest nejdůležitějším právníkým textem papyrovým, jež vůbec máme, jest pak nejnověji otištěn též v právě vydané sbírce P. M. *Meyera*, „Juristische Papyri“ (1920), o níž se referuje doleji, a to se samostatným volným překladem německým nebo stručným výkladem jednotlivých míst a s četnými vysvětlivkami.

V úvodu listiny označuje se tato jako „γνώμων“ (= měřítko, tarif), stanovený pro správu idioslogu. Výraz *idios logos* pak znamená především z doby ptolemejské převzatý „zvláštní účet“ pokladny státní, pojímající všechny nepravidelné příjmy státní. V čele jeho správy jest vrchní nezávislý úředník říšský, jenž sám také bývá zván *idios logos* nebo *idiologus* (sr. *Plauemann*, Der Idios Logos, Abh. Preuss. Ak. d. Wiss. Phil. Hist. Kl. 1918 č. 17; téhož u *Pauly-Wissowa* RE XI 882 ns.). Slovem *γνώμων* rozuměti jest služební instrukci pro přednostu (idiologa), jež pojímá všechny položky onoho účtu. Gnomon pro správu idioslogu, pocházející ve svém základě od císaře *Augusta*, byl časem rozšířen císaři (uvedeni jsou v textu zvěčnělí císařové *Vespašian*, *Trajan* a *Hadrian*, jakož i vládnoucí císař *Antoninus Pius*), senatem, místodržícími nebo i idiology. Podobu, ve které se nám zachoval, vzal na se za císaře *Antonina Pia*, a to mezi 145 a 161 po Kr. Nejde tu ovšem o úplný Gnomon, nýbrž pouze o výťah na jazyk řecký přeložený, jenž, ovšem, jak se v něm samém uvádí, podává stručně hlavní kusy instrukce. Obsaženy jsou v krátkých odstavcích počtem 121, jež až do § 80 včetně jsou označeny číslicemi již v papyru samém.

Idios Logos pojímá všechny nepravidelné příjmy státní, v příčině jichž není možný státní rozpočet. Nejdůležitější položkou jest tu zabírání celých majetků jako jsou bona vacantia, caduca a damnatorum. I zabývá se v gnomonu velký počet paragrafů (§§ 1—35. 112) s právem dědickým a souvisle s ním s právem manželským. Hned § 4 vyslovuje stručně známé pravidlo, že pozůstalost po osobách, které zemřely, nemajíce ani zákonného ani testamentního dědice, připadá fisku (sr. Ulp. fr. 27, 7; Jul. D. 80, 96, 1). Zásada tato, zároveň pak ustanovení o caducorum vindicatio vysvětlují, že v gnomonu podává se poučení o podmínkách platného zřízení závěti, o povolání k intestátní posloupnosti dědické, hlavně pak o způsobilosti býti poděděnu a způsobilosti k nabytí dědictví z testamentu nebo ze zákona. Nebo právě nezachování předpisů pro platné pořizování na případ smrti a jiné nedostatky dědění byly správně fiskální vitanou příležitostí pro obohacování státního pokladu. Podle antického principu personality práva pak, jímž ovládáno bylo zvláště právo dědické a rodinné, platila v území římském vedle sebe *různá práva národní*. V římském Egyptě pak obývali krom jiných, zvláště židů, o nichž gnomon se nezmiňuje, příslušníci tří národností, vládnoucí třída římských občanů, jimiž byli zatlačeni Řekové, páni země v předchozí době ptolemejské, na místo druhé, domorodí Egyptané pak na místo třetí. Pestrost práv dědických a rodinných byla pak ještě rozmnožena tím, že zde na váhu padalo také rozřídění svobodných na osoby ve svobodě zrozené a na propuštěnce a rozvrstvení těchto na další, různé stavy. Jak tyto *národnosti a stavovské protivy* se projevovaly v právním životě egyptském 2. století po Kr., stává náš papyrus ve světle nejjasnější.

Pro občany římské a jen pro ně platí v právu dědickém veskrze římské ius civile. I setrvává ještě gnomon (§ 8) na tom, že „Římanu není dovoleno psáti řeckého testamentu“ a prohlašuje římský testament, který by obsahoval výhradu řeckého dodatečného pořízení kodicilárního, za neplatný. Změnu zavedl teprve edikt císaře *Alexandra Severa*, dovoluje Římanům v Egyptě testovati po řecku (Pap. E. R. 1502 z r. 235; sr. *Mitteis*; Röm. P. R. I. 282), kdežto všeobecně pro celou říši bylo to dovoleno teprve zákonem *Theodosia* II. r. 439 (C. 6, 23, 21, 6: Etiam graece omnibus liceat testari). V § 18 gnomonu pak uvádí se, že fiduciární dědictví Řeků ve prospěch Římanů nebo Římanů ve prospěch Řeků byla zabírána od císaře *Vespasiana*. Odchyldkou od zásady uvedené v § 8, bylo podle § 34 *vojínům* dovoleno pořizovati na případ smrti jak v římských tak i v řeckých testamentech a užití slov kterýchkoli (sr. caput ex mandatis v D. 29, 1, 1 pr.: „faciant testamenta quo modo voent, faciant quo modo poterint“), ale s dvojím omezením. Jednak mohli tak činiti pouze ti, kdož byli na válečné výpravě nebo se z ní vraceli, což shoduje se sice s ustanovením Justinianovým, že testamentní privilegia his solis indulgeri, qui in expeditionibus occupati sunt (C. 6., 21, 17; cf. I. 2, 11 pr.), nikoli však s právem klassickým, podle něhož již ex eo tempore quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relatus est (Ulp. D. 29, 1, 42). Jednak může voják způsobem tím zůstaviti něco pouze kmenovci (ὁμόφυλος).

Pro Řeky neplatí naveskrz jednotné právo dědické. Gnomon zmiňuje se v §§ 5 a 6 o dědickém právu *Alexandrijském*, z něhož pozoruhodné jest

ustanovení, že občan Alexandrijský nemůže své ženě odkázati, je-li manželství bezdětné, více nežli čtvrtinu svého jmění, jsou-li tu však děti, nevíte, nežli odkáže každému synu. Vedle toho se uvádějí zde některá ustanovení dědického práva platného pro občany jiných městských obcí (*αστοί* a jejich propuštěnce (§§ 9. 10. 13. 14.), jmenovitě předpis, že ani občankám těchto měst ani ženám od nich propuštěným není dovoleno zřizovati testamentu (§ 15), dále též zvláštní dědické právo platné pro ženy z obce *Krene* (§ 11: žena z *Krene* nedědí po svém dítěti; § 12).

Pro testamentní způsobilost *propuštěnce* bylo podle práva římského rozhodným, zdali on *manumissi* se stal *civis Romanus* nebo *Latinus Iunianus* nebo *editiciorum numero* (Gai. 1, 12; Ulp. 1, 5; Dosith. 4). K nabytí římského občanství propuštěncem pak bylo potřebí, aby byl starší 30 let, aby byl propuštěn od toho, kdo byl jeho *dominus ex iure Quiritium*, a to iusta ac legitima *manumissione* (Gai. 1, 17). O první podmínce zmiňuje se i *gnomon* § 19). Nedostatek její nevadil, když otrok mladší 30 let byl propuštěn *vindicta*, apud *consilium iusta causa manumissionis adprobata* (Gai. 1, 18), což patrně má na mysli také *gnomon* v § 21. Nebyla-li při *manumissi* splněna jedna z nahoře uvedených tří podmínek, stal se propuštěnec *Latinus Iunianus* (Gai. 1, 17; Ulp. 1, 10. 12. 16.). Co těmto *Latinům* bylo zůstavěno testamentem, nemůže jimi býti nabyto (Gai. 1, 23. 24; Ulp. 22, 1) a zabaví se (*Gnomon* § 19). *Latini Iuniani* byli též nezpůsobilí učiniti posledního pořízení (Gai. 1, 23) a, co by jimi bylo způsobem tím někomu zůstavěno, zabaví se rovněž (*Gn.* § 22). Pakli by však zemřeli nezanechavše testamentu, „dává se jejich jmění jejich patronům a synům, dcerám a dědicům těchto“ (*Gnomon* § 22; sr. Gai. 3, 56–64). *Gnomon* vzpomíná pak v § 20 i třetího druhu propuštěnců, totiž těchto, kdož, jsouce otroky, byli potrestáni potupným trestem („řetězy“). Propuštěním dosahují pouze nejnižšího stupně svobody, jsouce *editiciorum numero* (Gai. 13–15; Ulp. 1, 11). Co jim bylo zůstavěno posledním pořízením, nemohou nabyti (Gai. 1, 25; Ulp. 22, 2) a zabaví se (*Gnomon* § 20).

Ustanovení o *caduca* mají svůj původ hlavně v *leges Julia et Papia Poppaea*. Podle zákonů těchto *caelibes* nemají vůbec *ius capiendi*, t. j. nejsou způsobilí nabývatí z posledního pořízení, orbi pak mají *ius capiendi* jen k polovici zůstavěného (Gai. 2, 111. 114. 286. 286a) a jest zvláště upraveno vzájemné *ius capiendi* mezi manžely (Ulp. 15. 16). Čeho pak nenabyl *non capiens*, stává se *zpravidla caducum*, jež za určitých okolností spadá na stát. I pojednává *gnomon* o případech takového zabavení pro *fiskus* v řadě paragrafů (§§ 27. 28. 30–33). Prohlašuje-li se v § 27 a 28 *gnomonu* 60letý Říman a 50letá žena všeobecně za *incapaces*, jest to cizí samým zákonům *Juliovu* a *Papiovu*, ale snad jen užitím nebo i rozšířením pravidla *ex senatus consulto Perniciano* (33 po Kr.), podle něhož muž, oženivší se teprve po 60., a žena, vdávší se teprve po 50. roce, neosvobozují se od pokut *celibatu* (Ulp. 16. 3). Jiné různé modifikace známých předpisů podávají § 28, podle něhož žena mladší 50 let jest *capax* pouze, má-li, jsouc *ingenua*, 3 děti, jsouc *libertinu*, 4 děti, a §§ 30 a 32 ustanovující, že *dictví*, jež zůstavují se neprovdaným a bezdětným ženám římským s majetkem 50.000 *sesterců* se zabaví; Římané pak že nedědí, mají-li více než 100.000 a jsou-li zároveň

neženati a bezdětní. § 31 pak, uváděje, že Římance jest dovoleno manželovi svému odkázati $\frac{1}{10}$ svého jmění, vytýká jen jeden z předpisů Juliovo-Papiových, zvaných *leges decimariae* [Ulp. 15, 1: *vir et uxor, inter se matrimonii nomine decimam capere possunt*]. Záhadný jest § 33 gnomonu, uvádějící, že Římance není dovoleno odkazovati přes t. zv. *quae emptio* (§§ 24 a 25 vztahují se k případům, kdy dos, která by jinak po rozloučení manželství smrtí manželčinou zůstala manželovi (Ulp. 6, 4. 5: *Mortua in matrimonio muliere . . . adventicia dos semper penes maritum remanet*), jest *caducum*, což má nastati, když žena starší 50 let se provdala za mladšího 60 let [Ulp. 16, 4: *Si maior quinquagenaria minori sexagenario nusperit, inpar matrimonium appellatur et senatus consulto Calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes itaque mortua muliere dos caduca erit*; sr: Pap. D. 22, 2, 61; C. 6, 58, 12, 2]. S tím se srovnává, čteme-li v § 24, že věno, které bylo dáno od ženy starší 50 let římskému manželovi pod 60 lety, zabaví po její smrti fiskus. Ale novotou jest pravidlo § 25, že fiskus zabaví také to věno, které se dává od ženy pod 50 lety mužovi přes 60 let. § 23 připomíná, že Římanům není dovoleno pojmuti v manželství svých sester ani svých tet, ale ovšem dcery bratrovy, což vše se úplně shoduje s Gai. 1, 61—63, a poznává, že *Pardalas* (idiologus za Hadriana), když sourozenci učinili sňatek, zabavil majetek. Velmi zajímavá jest zpráva § 29 o *dani pa-nenské*: *Civis romana ingenua* nebo *libertina* s jměním 20.000 sesterců platí, dokud jest svobodnou, jedno ze sta ročně. Pozoruhodné jest též ustanovení § 112, že zemřou-li *castrati* nebo *spadones* bez testamentu, zabaví se celé jmění; zřídili-li však testament, zabaví se dvě třetiny, jedna třetina pak ponechá se kmenovcům, jimž byla odkázána. Konečně zabaví se podle § 17 též, co bylo zanecháno na oběti za zůstavitele, není-li zde více osob, které by se tohe ujalý.

O *bona damnatorum* jedná § 36 gnomonu, uváděje nejprve pravidlo práva římského, podle něhož každá poena capitis má v zápětí konfiskaci celého majetku. Ale dětem odsouzených ponechává se desátá část, ženám jejich věno záležející v penězích. Jim samým pak ponechával *Antoninus Pius* jednu dvanáctinu. Úplná nebo částečná konfiskace majetku nebo jiné pokuty pojily se také k provinění se proti normám upravujícím status osoby. Především se uvádí (§ 37), že úředníci, kteří normy tyto porušili v úřední činnosti, byli potrestáni jeden čtvrtinou svého majetku, druzí polovinou, jiní zase celkem. Více paragrafů pak obsahuje poučení o tom, jak určuje se status osoby, v případě tom, když zrozena byla z manželství smíšeného. V úvahu zde přichází lex Minicia nařizující, ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi (Ulp. 5, 8; Gai 1, 78 ns.). Toho jest užito v gnomonu především na smíšená manželství městských občanů (*æroci*): Děti pocházející od měšťanky a Egyptana zůstávají Egyptany, ale dědí po obou rodičích (§ 38); děti měšťanky a cizince (*ξένος*) stávají se cizinci, nedědí však po matce (§ 13); pojme-li městský občan za choť Egyptanku, zabaví po jeho smrti fiskus jmění k dřívějšímu nabytému, má-li však děti, jen ze dvou třetin (§ 45); měšťané pak, kteří se oženili s ostrovankami, jsou na rovní s těmi, kdož vešli v manželství s Egyptankami (§ 48); syn syrského otce a občanky, který si vzal za ženu Egyptanku, byl odsouzen k určité částce (§ 51). Rovněž

platilo podle § 57, že při Paraitonionských, kteří vcházejí v manželství se ženami cizozemskými nebo egyptskými, děti následují nižší kmén, podle § 49 pak propuštěným od Alexandrijských není dovoleno oženiti se s Egyptankou a zabral podle § 50 *Norbanus* jmění propuštěnky městského občana, která počala od Egyptana, kdežto *Rufus* je dal dětem. Pro *erroris cause probatio* (Gai 1, 67: Si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, . . . ex senatus consulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt; sr. Gai 1, 66—75) skytá gnomon nové doklady: Římanům a městským občanům, kteří pojmu za manželky Egyptanky, pokládajice je omylem za sobě stavem rovny, bylo přiznáno zároveň s beztrestností i to, by děti řídily se stavem otcovým (§ 46); rovněž není zodpovědnou měšťanka, která provdá se za Egyptana, majíc jeho omylem za měšťana. Zadáji-li pak oba listinu o zrození dítek, zachová se dětem právo občanské (§ 47).

Těžké pokuty majetkové jsou stanoveny na *osobování* sobě nebo přisvojení jinému *nepravého osobního stavu*, zvláště pokud jde o status civitatis. Rozhodování v té věci přísluší místodržícímu (§ 40). Tomu, kdo zdvihne ze smetiště mužské dítě, zabaví se po smrti čtvrtina jmění (§§ 41, 107). Ztrátou čtvrtiny majetku pokutují se dále, kdo pojmenují sebe v obchodě nepravým způsobem i ti, kdož vědouce to účastnili se toho obchodu (§ 42), zvláště Egyptané, kteří po smrti svého otce jej označili písemně jako Římana (§ 43), nebo Egyptanky, které, provdávše se za vojiny čestně propuštěné, označují se v obchodě jako Římanky (§ 53), nebo vysloužilci neobdrževší honestam missionem, kteří stejným způsobem vedou si jakoby byli Římany (§ 56). Egyptanu pak, který by přihlásil písemně syna jako bývalého epheba, zabaví se šestina jmění (§ 44).

§§ 58—63 odnášejí se k pokutám pro *opomenutou* nebo neúplnou *příhlášku* k (14letému) *censu* provinčnímu. Ti, kdož k soupisu obyvatelstva nepřihlásili sebe a členy domácnosti písemně, pokutují se čtvrtinou majetku, pak-li přihlášky opominuli po druhé, další čtvrtinou (§ 58, 59). Opomenuli kdo písemně přihlásiti otroků, ztrácí otroky, potomstvo jejich však podrží, nemá-li jiného jmění (§ 60, 61). V poli meškající nejsou pokutováni za nepřihlášení se, ale ovšem musí se z toho zodpovídati ženy a děti (§ 62).

V §§ 64—69 jedná se o pokutách postihujících ty, kdož vyjíždějí bez úředního povolení a *cestovního pasu* nebo bez nich vyvážejí otroky. Kdož by si vyjel bez povolení a pasu, pokutují se třetinou jmění, vývoz otroků bez cestovního pasu pak zabavením jejich. *Provinciálním úředníkům* jsou v území, ve kterém konají službu, *zakázány* jisté *obchody*. Gnomon uvádí jako zapovědné koupě a prodeje i poskytnutí zápůjček, předsevzaté od úředníků samých nebo jejich příslušníků nebo od osob jimi nastrčených a rovná se tu peněžná pokuta hodnotě koupeného nebo tržní ceně nebo zápůjčené částce (§ 70). Caesarianům, t. j. podúředníkům fiskálním (sr. *Hirschfeld*, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten, 472, 3) není dovoleno nabývatí čeho z dražeb zabavených věcí (§ 109), vojákům pak bylo zakázáno, aby nenabyli nemovitého majetku v provincii, ve které konají službu (§ 110).

Idiologovi příslušel též vrchní dozor nad knězy a bohoslužbou v Egyptě (sr. *Plaumann*, u. m. 37 ns.). I zabývá se tímto odborem v gnomonu souvislá řada paragrafů (§§ 71—97), v nichž i zde v popředí stupuje prospěch fisku. Vyšší úřady kněžské se prodávají pro státní pokladnu (§§ 78, 80). Velmi četné jsou peněžné pokuty fiskální, jež postihují kněze pro zanedbání jejich povinností služebních nebo porušení starobylých předpisů o kroji kněžském z nichž se zase a zase vytýká, že kněžím není dovoleno nositi vlněných šatů nebo nechati si růsti vlasů (§§ 71, 74—76).

§ 98 vyměřuje za maximum fiskální pokuty pro nesplnění písemné smlouvy 500 drachem, §§ 100 a 101 pak uvádějí peněžné tresty (100, 50 drachem) pro nesprávný postup soukromých notářů při vypravení listin. Podle § 102 jest gymnasiarchům Alexandrijským dovoleno, dovážeti potřebný jim olej z ciziny, musí však přebytek prodati za běžnou cenu, jinak by jim olej byl odebrán a oni byli pokutováni 20 talenty. Zvláštní omezení zápůjčky a smlouvy takové stanoví §§ 103 a 104: Není dovoleno dávatí zápůjčky na tekutiny (!), aniž prodati plodů na stojatě. Těžce tresce se lichva úroková: Těm, kdož dávají zápůjčky na úrok přesahující výši 12%, zabaví se polovina majetku, těm pak, kdož berou tyto zápůjčky, čtvrtina (§ 105). § 108 pak připomíná zákaz spolčovací, uváděje, že členové spolku byli odsouzeni k pokutě po 50 drachmách, někdy však pouze přednostové jeho.

K vydanému textu připojeny jsou seznamy slov a jmen a tabule se světlotiskem, podávajícím nejlépe zachovanou kolumnu papyru (§§ 33—40).

L. Heyrovský.

Paul M. Meyer, Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde. Berlin, Weidmann, 1920. Stran XX a 380.

Kniha tato sleduje, jak autor její, osvědčený badatel na poli papyrologickém, sám uvádí, jiné cíle nežli základy budující, nové období bádání papyrového spolu zahajující dílo *Mitteisova*, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 2. svazek: díl juristický (1. polovice: základy, 2. pol.: chrestomathie) z r. 1912, o němž obšírnou zprávu nám podal *O. Sommer* ve Sborníku XII. str. 203—216. Má především sloužiti právnickům bez předchozího papyrologického vzdělání, jakož i historikům a filologům k uvedení do právníckého papyrosloví. K tomu konci podává dílo soustavně spořádaný výběr nejdůležitějších a nejvíce poučných papyrů právníckých s latinskými texty na 3 dřevěných diptychech (o nichž sr. Sborník VII 296 ns.) a listinu pergamenovou z Kurdistanu o koupi z 88 př. Kr. (sr. *Mitteis* S Z, 36, 425 ns.). Při výběru listin snažil se vydatel, by podal co nejvíce takové texty, kterých chrestomathie *Mitteisova* neobsahuje; jest jich ze 96 listin 50. Především hleděl k papyrům, uveřejněným nově od r. 1912. Mezi nimi jsou dva nejdůležitější právnícké texty papyrové, jež se vůbec na nás dochovaly, alexandrijské zákony a nařízení na Pap. Hal. 1 z polovice 3. století př. Kr. (sr. o těchto „Dikaionmata“ Sborník XII 203 sn.) a právě uveřejněný berlínský Gnomon idiologův (sr. referát nahoře podaný). Z Pap. Hal. 1 otištěny jsou tři zvláště důležité kusy pod různými záhlavími: pod čís. 74 lin. 24—48 o ža-

lobě z křivého svědectví, pod čís. 55 lin. 79—114 o právu sousedů a pod čís. 70 lin. 186—213, odnášející se k žalobám pro urážku. V dodatku pak pod čís. 93 otištěn jest celý gnomon idiologa i opatřen volným překladem německým i mnohými velmi cennými vysvětlivkami nebo i souvislými výklady.

Vhodně vybrané texty spořádány jsou, jak již napověděno, systematicky. Látka jest rozvržena A. na právo osobní, v němž zahrnuto i právo dědické; B. na zařízení listin, C. na právo obligační, D. právo věcné, F. právo trestní a G. právo procesné. Pododdělení, v něž se zase rozpadají tyto oddíly, bývají zahájena úvody, pojednávajícími souhrnně o té oné instituci, ke které se odnášejí zařazené listiny. Velmi poučné výklady tyto, opatřené hojnými doklady z pramenů a z literatury, zabírají mnohdy více stránek, což platí zvláště o výkladech odnášejících se k právu manželskému a dědickému, k listinám, k smlouvě kupní, k dluhopisům a listinám exekucním a s těmito souvisejícímu řízení upomínacímu a exekucnímu, k právu zástavnímu i k právu procesnému. Jednotlivé texty listinné pak, jež umístěny jsou za těmito úvody, bývají zase vysvětlovány v celku (disposici, doličením skutkové podstaty, parallelami a udáním literatury) i v podrobnostech.

V čele díla postaven jest seznam (I.) nejdůležitějších vydání listin pa-pyrových a jinakých právnických listin (se zkratkami) i seznam (II.) užité literatury. Závěrek díla činí obšírný seznam řeckých slov a latinský a německý rejstřík slovní a věcný.

L. Heyrovský.

Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Akademie der Wissenschaften in Wien; Philos. hist. Klasse; Sitzungsberichte, 184. Band. 1. Abh. — Vídeň 1917, 252.

Justinianův zákon z r. 529, zachovaný v C. 9, 44, 3, nařizuje, že criminales causae mají býti skončeny nejpozději intra duos annos a contestatione litis connumerandos. Tato litis contestatio práva trestního byla v novější literatuře posud zanedbávána. Sám Mommsen přestává ve svém Römisches Strafrecht (1899), str. 392 ns. (k tomu str. 67. 333. 438), podstatně na projevu, že kriminalní litiskonstestace zjevuje se teprve v pravovědě doby severovské a následující a vysvětluje se pro tuto dobu zavedení tohoto pojmu velmi dobře, ježto vztažení majetkových pokut na dědice osoby, za trvání procesu zemřelé, vyhovovalo zájmům fiskálním. Hollandský učenec I. C. Naber pak v Mnemosyne, N. S. 28 (1900) str. 440 ns., spatřuje v oné kontestaci ustavení sporu dvoustranným jednáním proucíh stran, tedy pravou litiskonstestaci ve sm. starého a klasického práva soukromého Římanů. Nebo podle nauky, která v dnešní vědě se víc a více ujímá, zakládá se ještě klasický civilní proces s formulemi na smlouvě procesných stran, od magistrata povolené, podle jejichž předpisů jest povolána k vyšetřování a rozhodování osoba soukromá, přijatá za soudce od proucíh samých a jmenuje se proto tento proces právem iudicium privatum. Bylo skutečně také akusačnímu řízení trestnímu Římanů (iudicium publicum, quaestio) nezbytným podkladem dvoustrané jednání spor určující. V otázce té promluvíti rozhodné slovo byl před jinými povolán autor přítomné stati jako badatel, jenž je hlavním původcem onoho nového názoru na římský proces civilní.

V I. odstavci stati (str. 6—30) sp., porovnáváje předchozí řízení v procesu soukromém a kriminalním, dospívá k tomuto výsledku. Co v iudicium privatum jeví se jako procesný účinek litiskontestace: vázanost na určitý program (stanovíci, kdo jest žalobcem, kdo žalovaným a která sporná věc předmětem procesu) a vyloučení opožděných obran, vrací se nepochybně ve veřejném řízení trestním způsobem dosti podobným. Ale skutková podstata na kterou se zde navazují účinky, nejmenuje se nikdy litis contestatio, nýbrž u Cicerona podle jednoho výroku *nominis delatio*, v níž zahrnuje se *causa subscripto* a k oné přístupující *nomen accipere*, podle jiného výroku *causae subscriptio* spolu s *nomen acceptum*, u Ulpiana pak příhoda ta, že obviněný jest *inter reos receptus* (D. 48, 5, 16, 7), t. j. jméno jeho je zapsáno v seznamu obžalovaných. Kdežto pak k litiskontestaci práva soukromého potřebí jest souhlasného jednání obou sporných stran a jest tedy tato litis contestatio úkonem dvoustranným, jeví se *nomen* (nebo *reum*) *deferre*, na místo něhož za císařství nastupuje častěji *inscriptio* nebo *subscriptio*, pouze jednostranným úkonem obžalobcovým. Tím jest také odmítnuta abnormní myšlenka, že by veřejné stíhání trestní v Římě tedy bylo bývalo závislé na přisvědčujícím prohlášení obviněného.

Pod čís. II. str. (30—36) jedná se o *vylučovacím účinku liteskontestace a obžaloby*. Litis contestatio procesu soukromého vyznačuje se svým účinkem vylučovacím: vykonaly-li strany jednou litiskontestaci, nemá tatáž věc býti předmětem druhého procesu. Také pro řízení trestní stalo se opatření, by zamezilo se opakování procesů o téže věci. Ale účinek vylučovací byl zde navázán ne již na založení procesu kriminalního, nýbrž teprve na skončování prvního procesu *rozsudkem*. Nezbytným doplňkem tohoto sporu jest obrana vzešlého sporu (*litispendence*), pro níž v klasickém procesu soukromém místa není. V řízení trestním však pokládá se spor v tomto smyslu za vzešlý, již jakmile se stala skutkem *nominis delatio* a *receptio*. Dokud pak spor není rozhodnut, nesmí pro tutouž věc nikde vznesena býti obžaloba. Také různé *vedlejší účinky obžaloby*, o nichž jedná sp. pod č. 33. III (str. 36—38), neupínají se na úkon, který by se podobal dvoustrannému určení sporu, nebo dokonce jmenoval se litis contestatio, nýbrž všude jen na *postulatio* nebo *delatio*.

Předmětem výkladů pod čís. IV (str. 38—57) jest *kriminalní ustavení sporu I, C. Nabra jeho podstata a forma i kritika této nauky*. Naber pokládá kriminalní litiskontestaci za starý útvar. Umísťuje ji v přípravném řízení za *accusatio* a nechá za ní následovati magistratovo *recipere inter reos*. Forma její byla ta, že mezi přítomnými stranami byl předsedbrán *actus*, quo se *reum facit is*, cuius *nomen defertur*, kterýžto úkon, srovnávající se úplně se *solemnitas privati iudicii accipiendi*, proveden byl prý skrze *mutua subscriptio stran*: Dostatečného důkazu z pramenů pro toto dvoustranné ustavení trestní rozepře v podobě *mutuae subscriptionis* stran Naber opatřiti si nedovedl. Dovolával-li se pro civilní proces per concepta verba Plin. ep. 5, 16, lze s *Wlassakem* svědectví to vyvrátiti poukazem na to, že ono nevztahuje se vůbec k procesu s písemnými formulemi, nýbrž k *legis actio sacramento* doby císařské a to nikoli k určení právní rozepře, nýbrž k přijetí soudu nález čínicího. Co se však dotýče svědectví čerpaného z BGU 611 I, kde zkomo-

lená lin. 10 podle *Nabra* má se čísti: [accusatorum] artes qui subscripto iudicio cum [reis], nelze doplňků těchto nijak pokládati za zjištěné.

V V. odstavci (str. 53—71) sp. zabývá se s požadavkem soudní přítomnosti obviněného v řízení přípravném. Proti *Nabrovi* uvádí a prokazuje pádnými důvody, že staršímu procesu akusačnímu požadavek ten byl cizí a že teprve za císaře Trajana se setkáváme se zásadou: absentem in criminalibus damnari non debere a zase později, teprve zákonodárstvím Severů, bylo jak od-souzení tak i vznesení obžaloby za nepřítomnosti obviněného nadobro zapo-věděno, kterážto novota však ani pak neplatila pro nepatrnější věci trestní. Že by výjimku z tohoto požadavku nařizovala, jak *Naber* zastává, C. 9, 9, 14, nesrovnává se s pravdou. Pod VI (str. 72—83) sp. přesvědčivě vykládá, že *Gordianova* vynesení v C. I. 9, 9, 14 a 15 stanoví pouze bydliště obviněného v době započetí procesu jako důvod soudní příslušnosti.

Promlouvaje v oddíl. VII (str. 83—99) o starším řádu pro inscriptio s následující subscriptio a novějším právem o inscriptiones, sp. zjišťuje, že stará (nominis) delatio, jež byla již základem republikánské quaestio publica, zůstala jím býti v akusačním procesu trestním i po celou dobu císařskou. Nastaly však změny terminologické. Bylo-li za principatu velmi obvyklým mluvití místo o delatio o inscriptio a subscriptio, znamená v poklasických naříze-ních slově inscriptio, jak sp. jasně prokazuje, skoro naveskrz zápis, zaha-jovací postulaci pouze doprovázející, jímž obžalobce bere na se nebezpečí odvety a slibuje provedení procesu.

Pod čís. VIII (str. 99—110) sp. podniká vysvětliti výrazy „*crimen inchoatum*“ a „*accusatio coepta*“ v císařských vyneseních 3. a 4. století. Podle C. Th. 9, 36, 1, 2, 9, 16, 2, accusatio coepta značí reum deferre sub inscriptione a jest skutečněna tím, že k první deferující postulatío přistoupily zavazující zápisy obžalobcovy. Jsou-li tyto úkony provedeny, jest tím dán začátek pro-cesu obžalovacího; tento pokládá se nyní za zahájený. Odtud padá též jasné světlo na crimen (= trestní proces) contra adulteram inchoatum u Gordiana v nahoře dotčené C. 9, 9, 14. Lze nyní se sp. bezpečně říci, že císař tímto výrazem nemínil nic jiného, než co v C. 9, 36, 1 značí accusatio coepta. Na-proti tomu jest obvyklý výklad, jenž v crimen inchoatum cit. C. 14 spa-třuje kriminální litiskontestaci, jak zcela libovolný tak i nejméně pravděpo-dobný. Pravidlo, spisovatelem v reskriptech Gordianových nalezené, že zá-kladem soudní příslušnosti ve věcech trestních jest bydliště obviněného v době, kdy obžalobce poprvé proti němu na soudě zakročil, nesrovnává se ovšem úplně s pravidlem procesu soukromého, vysloveným od *Marcella* (D. 5 1, 10): Ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, máme-li na mysli, že právník jedná zde o litiskontestaci (iudicium acceptum) a teprve s tímto úkonem spojuje účinek určující soud procesný s konečnou platností. Ale v úvahu přichází tu ještě jiné odchylné rozhodnutí, výrok *Ulpianův* v D. 5, 1, 7: Si quis, postequam in ius vocatus est, [miles vel] alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit quasi praeventus, podle něhož místní příslušnost soudní se posuzuje nikoli teprve podle doby litiskonteslace, nýbrž již podle doby obsilky. Sp. (str. 110—117) navrhuje nový, velmi důmyslný výklad, kterým se vymezuje fragmentu 7 a fr. 30 po

zvláštním poli a zachovává současná platnost pravidlu Ulpianovu a Marcellovu, čině pravděpodobným, že Marcellův výrok vztahoval se k soudnictví municipijnímu a jen, pokud šlo o určení příslušnosti věcné.

K důvodům, o které se opírá nauka, že kriminalní contestace vyskytovala se za dob klasiků, náleží hlavně dvě místa pandektní: Modest. D. 48, 2, 20 a Macer D. 48, 16, 15, 5, jež se zmiňují výslovně o oné *litis contestatio*. K nim přidruženo bylo ještě třetí místo; Paul. D. 44, 7, 33. Vedle těchto míst pandektních bylo třeba zvláště zkoumati jen ještě tři konstituce císařské: Diocl. C. 4, 17, 1; Theodos II. a Valentinian III. C. 1, 7, 4, 2 (= C. Th. 16, 7, 7) a v čele referátu uvedený zákon Justinianův C. 9, 44, 3. Rozbor a kritika všech těchto míst vyplňují valnou část přítomného spisu, zabírajíce odst. IX až XIII (str. 117—221). Podrobným probádáním jich sp. zjišťuje toto. *Contestatio* v Theodosiově-Valentinově zákonu z r. 416 (C. 1, 1, 7, 4) neznamená ustanovení rozeprě, nýbrž osvědčení (*testari sub publica testificatione*: C. Th. 16, 7, 3) zcela jinakého obsahu (str. 121—125). Výměr Diokletianův v C. 4, 17, 1 a uvedená v něm *litis contestatio* odnáší se k určení sporu soukromoprávního (str. 125—142). Rovněž Paulus v D. 44, 7, 33, jednáje zde nepochybně o extraordinárním procesu trestním a mluvě při tom o *lis contestata*, myslil zajisté na litoskontestaci práva soukromého (str. 190—198). Lze tedy všechna tato tři svědectví nechati stranou. V Modestinově úryvku D. 48, 2, 20 pak, v němž se rozhoduje, že *poena bonorum ademptionis* nepřechází na dědice pachatelovy alias, *quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta*, jest „*lis contestata*“ interpolací, což podepřeno jest hlavně zdařilým důkazem spisovatelovým, že v právu klasické doby in *iudicio publico* učinil majetkovou pokutu dědičnou teprve *rossudek* (str. 142—189). Podobně u Macer D. 48, 16, 15, 5, jsou slova „*ante litem contestatam*“ nepodařenou vložkou kompilátorů (str. 198—221). V Justinianské konstituci C. 9, 44, 3. pak jde skutečně o litiskontestaci řízení trestního a jest s ní spojen praktický účinek: od ní počíná se dlouholetá doba, ve které trestní proces musí býti skončován.

V závěrečném odstavci XIV (221—233) umístěn jest stručný, ale velmi poučný, nad míru zajímavý *doslov*, dotýkající se důležitějších otázek, na které sp. pomýšlel dáti zevrubně odůvodněnou odpověď. Vytýká obzvláště *různost povahy procesu soukromého a veřejného*. Jako nezbytný podklad vyžaduje civilní řízení s formulemi ještě za dob klasiků právního jednání smluvného, připuštěného od vrchnosti a uskutečněného od stran, zastávajících svoje právo soukromé. Naproti tomuto *iudicium privatum* řízení *quaestione* zakládá se jednostranným jednáním obžalobce, jenž tu z pravidla hájí pouze prospěch obecný. Jelikož zde rozhoduje ochrana veřejného blaha, bývá odpůrce, v *quaestio* stíhaný, bez dalšího, i proti své vůli, donucován k procesu. Vnější znakem pak tohoto řízení akusačního, jež podle účelu svého slove *iudicium publicum*, jest, že zde schází základní jednání dvoustranné, jímž charakterisuje se *iudicium privatum*. Záblesk tohoto rozpoznání sledává sp. ještě v I. 4, 18 pr., sdělaném asi podle klasické předlohy. Čteme zde: *Publicia iudicia neque per actiones ordinantur nec omnino quidquam simile habent ceteris iudiciis, de quibus locuti sumus, magnaeque diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis*. Jako podání neobsahuje nejmenšího, co

by ukazovalo na nějaké donucení proti obviněnému k převzetí procesu, neví také ničeho o právních účincích kterýchkoli, jež by se byly spojovaly s předpokládanou litiskonstestací. Ba lze tvrditi ještě další. Všechny myslitelné účinky, které se dají připnouti k početí procesu, vcházejí ze vznesení obžaloby nebo jiné udalosti, která nemá nejmenší podoby s obaplným jednáním stran.

Ale jak vysvětliti nápadný zjev, že kompilatoři interpolacemi, Justinian pak svým zákonem zavedli litiskonstestaci do trestního řízení 6. století? By dal uspokojující odpověď na tuto otázku, sp. rozhlédl se dříve po osudech, které měla litis contestatio procesu civilního v dobách poklasických. Úpadek a pozdější vyhlazení procesních formulí měly, jak vykládá přesvědčivě sp., nezbytně v zápětí, že zmizela klasická litis contestatio. Účinky byly navázány na jiné různé procesné udalosti, jedny na tyto, jiné na ony skutkové podstaty, jež různily se velice od klasického iudicium edere a accipere, byť i jmenovaly se někdy nesprávně „litis contestatio“. Když pak za Justiniana šlo o to, aby spisy římských právníků byly vtěleny do nové sbírky zákonné, vzešla otázka, zda-li má býti do civilního procesu této doby zavedena litis contestatio, která by se srovnávala s klasickou, nebo má býti do přečetných textů pandektních zasaženo silnými změnami. Otázka tato byla rozhodnuta ve smyslu první alternativy. S druhé strany přece jen Tribonian nevrátil se bez dalšího k starému právu. Dospělo se konečně k zvláštnímu smíšení starého a nového, o němž nás poučuje interpolovaná c. 1 C. 3, 9, vyslovující, že lis tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit (sr. C. 3, 1, 14, 4: cum lis fuerit contestata per narrationem negotii et contradictionem obiectam). Tato nová litis contestatio, jež nebyla však úkonem převzatým prostě z klasické cognitio extra ordinem, nýbrž úkonem vytvořeným nově císařskou libovůlí, byla pak, což umožňovala právě neurčitost jejího tvaru a obsahu, vztažena „nerozumně“ ba „dobrodružně“ i na proces kriminalní.

Počínání to ukazuje na silný *klasicistický směr Justinianových kompilátorů*, jehož původ podle duchaplné domněnky sp. jest hledati ve hnutí, vycházejícím ke konci 5. století z právnické školy v Berytě. „Smělé vskříšení klasických actiones, pak opětné zavedení nově utvářené kontestace do civilního procesu a dokonce nerozvážné zřízení nové kriminalní litiskonstestace mluví všechny tutouž velmi jasnou řeč. Zvláště poslední nařízení ukazuje císaře jako *klasicistického zpátečníka*, který chce překonatí ještě staré tím, že klasické zřízení dále vybuduje s důsledností nejpovážlivější a k tomu konci interpoluje texty právnické“ (str. 232). „Chceme-li tedy Justinianovy úmysle a jeho dílo označiti jedním slovem, směl by on nejspíše zván býti *zprostředkovatelem*. Záměrem jeho pak bylo, ochuzenému právnímu životu jeho doby získati zpět bohatý klasický podklad, byť i v podobě modernisované.“

L. Heyrovský.

Moriz Wlassak, Zum römischen Provinzialprozess. Akademie der Wissenschaften in Wien; Philos. hist. Klasse; Sitzungsberichte, 190. Band., 4. Abh. — Vídeň 1919, 82 str.

Soudní řízení ve sporech soukromoprávních za římské republiky a ještě podle zákonodárství Augustova má převahou ráz soukromý. Soudcem povolaným k tomu, aby rozhodl svým výrokem právní spor, jest tu osoba soukromá (*iudex privatus*, porotce, jak jej zveme), kterou proucí strany si samy zvolily a dosadily za rozhodčího v právní rozepři, jejíž předmět určují ze srovnalé vůle formulemi, původně průpovědnými (*legis actiones*), později písemnými (*formulae, concepta verba*). Ale zahájení právního sporu na soudě i volba a dosazení rozhodčího i ustavení právní rozepře (*litis contestatio*) děje se zároveň za pomoci a s povolením státního úředníka, magistrata. I skládá se pak civilní řízení soudní ze dvou po sobě jdoucích, proti sobě pevně ohraničených částí, z řízení před magistratem (*in iure*) a z řízení před porotcem (*apud iudicem*, t. zv. řízení *in iudicio*). Za principatu nese se právní vývoj k tomu, aby toto podstatně soukromé řízení bylo nahrazeno procesem, ve kterém převládá víc a více soudní moc veřejná. Úpadkem tímto postižen byl především soukromý proces provinční na rozdíl od soudního řízení v městě Římě, jež podstatně nezměněné zachovalo se až do konce doby principatu. Autor přítomného pojednání, jenž doposud četnými spisy svými, jmenovitě svým veledílem „Römische Prozessgesetze“ nad jiné přispěl k novému poznání řečeného procesu města Říma, obracuje nyní svou pozornost k soudnímu řízení v římských provinciích, hledí ukázati na některých zřízeních jeho, jak ono propadalo rostoucí měrou postátnění. I pojednává sp. po krátké předmluvě (str. 3, 4) úvodem

I. o *poli řízení s formulemi v římských provinciích* (str. 4—10). Známo a zcela nepochybně jest, že v Egyptě již od samého počátku principatu užívalo se výhradně procesu kogničního, t. j. řízení čistě úřednického. Opíraje se o Gai. 1, 6, sp. zastává, že tomu bylo tak i v jiných územích, v jichž čele byli místo senátorských místodržících *praefecti* nebo *procuratores* hodnosti rytířské, jmenováni od císaře. Naproti tomu v provinciích, spravovaných náčelníky senátorskými, potrvávalo, jak nezvratně dokazuje Gai. l. c. a 4, 109, řízení s písemnými formulemi ještě za císařů Antoninů, a to nejen v provinciích senátních (*provinciae populi Romani*), nýbrž zajisté také v císařských (*provinciae Caesaris*), které spravovali *legati Augusti*.

V odd. II. (str. 11—36) uvažuje sp. nejprve o *postátnění provinčního procesu s formulemi*. Vyvozuje z Jul. D. 1, 18, 8 a z Callistr. D. eo d. 9 důmyslně, že již v polovici 2. století po Kr. místodržící v provinciích senátních i císařských měli plnou soudní pravomoc v tom smyslu, že ve všech věcech civilních — i v těch, které v Římě byly vyhrazeny rozhodnutí porotcovu — byli zproštěni povinnosti, rozsudek ponechati soudci soukromému (*iudex privatus*) a mohli věc vyříditi svou vlastní kognicí, nebo, hodilo-li se jim to, rozsouzení přikázati podsoudci (*iudex datus*), kterého si volili sami, a to obyčejně z podřízených úředníků a důstojníků, a neměl pak takový *iudex datus* svou moc více, jako *iudex privatus*, od procesních stran, nýbrž pouze od vrchního magistrata. Na místě lidových a soukromých soudců byli tu tedy činní podsoudcové z příkazu úředního. Přes to seznáváme zároveň, jak bylo již pověděno, z Gai. 4, 109, že v dobách těch naskytovalo se *agere per concepta verba* také v provinciích. Dospíváme tím se sp. k procesu formulovanému bez soukromého soudce. Jakou úlohu mohla míti a měla v tomto provinčním

řízení *concepta verba*? Sp. odpovídá správně, že také zde mohla při zahájení procesu býti předsebrána mimosoudní *editio* formule, aby tím odpůrci byla oznámena sporná věc a způsob, jak bude přiváděna k platnosti, a že tato *editio* byla pak opakována *in iure* již proto, aby také magistrát zvěděl o právní rozeprě. Ale *concepta verba* byla tu také vhodným prostředkem ustavení sporu vůli stran, jež stává se skutkem konečným *edere a accipere iudicium*. Pouze v jednom bodu nemohla se, jak soudí sp., mladší procesní *formula* dále krýti s formulí procesů v městě Římě. Uvozovací věta »*Titius iudex estor*«, jež v Římě náležela spolu k smluvnímu textu stran, musila, jak se podobá, odpadnouti při provinčním ustavení procesu, jelikož dosazení soudcově teď nebylo jako dříve kusem litiskontestace, nýbrž pouze jednostranným úkonem úřednickým, jenž ji pouze doprovázel. Proto také takto dosazený nemohl býti pokládán za *iudex privatus*. Dvoudilným zůstal však i tento úřednický proces a mohla *formula* hráti stejnou rozhodnou úlohu v řízení *apud iudicem* jako v procesu před soudcem seukromým. Řízení takové mohlo nepochybně býti zváno *litigare per concepta verba, id est per formulas*. Vždyť měla *formula* také v provinciích — vyjmouc pouze dosazení soudce stranami — plniti *všecky* ty rozmanité úkoly, které jí příslušely v pravém *iudicium privatum*.

Rozpoltění ve dva procesné oddíly nemělo místa, když místodržící právní spor vyřizuje celý svou vlastní kognicí nebo naopak jej, jak ukazují pro Egypt papyry, pro jiná území pak reskripty v C. 3, 1, 2; 3, 8, 2, a C. 7, 53, 2, hned od počátku přikázali výpomocnému soudci, před nímž byly pak předsebirány i úkony zahajovací. Sp. zastává, že i v takovém řízení byla možná klasická procesná formule, podávající z usnesení stran pravidlo, kterýmž se bylo řídit při projednání sporu. Že pak také skutečně se vyskytovala v procesu *concepta verba* i po úplném zániku civilních soudů porotních, vysvítá z toho, že císařský výnos (C. 2, 57, 1), kterým se zapovídá užívati procesných formulí, pochází teprve od synů Konstantinových z r. 342 a jest dosvědčeno též několika reskripty Diokletianovými v C. 4, 49, 4; 4, 52, 3; 8, 38, 3 a ve Vat. fr. 312 a Consultatio 5, 7. Sp. dohaduje se bystře toho, že novější *postátněné řízení formulové* sotva asi povstalo teprve, když byl *starý systém* v mateřské zemi italské již úplně pominul, nýbrž že bylo jeho asi vedle tohoto systému užíváno počínajíc již druhým stoletím po Kr., a to před místodržitelskými soudy mnohých provincií. Vzácnému důvtipu sp. se tím krásně podařilo uvést do historie římského práva procesného *nový typ*, článek aprostředkující přechod od obou judicií klasiků (*iudicium legitimum* a *iudicium quod imperio continetur*) k říšskému procesu doby pozdní, zcela jinak utvářenému, nežli byl starší proces města Říma.

Předmětem III. odstavce (str. 36—59) jest *provinční obsilka opovědáním rozeprě*. Podle Aurelia Viktora, De Caesaribus 16, 11, císař Marcus Aurelius, odstraniv stará vadimonia, zavedl zahájení procesu opovědáním rozeprě (*litis denuntiatio*). Za velice šťastnou pokládá jest myšlenku sp., že procesná reforma Marka Aurelia se omezovala na *provincie*. Pro Egypt prokázána jest papyry pro dobu od konce prvního do třetího století po Kr. Παράγγελτα, která, vycházejíc od žalobce, ale doručena od úředníka, zavírá obsilku odpůrcovu k soudnímu zasedání praefektovu: Egyptskému zřízení podobně

poloúřední nebo i čistě úřední obsílky na soud naskytovaly se asi také v některých jiných provinciích. I záležela, jak vykládá sp., reforma řádu obesílacího, jejímž původcem byl císař Markus, v tom, že císař obsílku denunciací upravil podrobněji a zavedl jako jednotnou pro *všecky* provincie.

V dotčené *úřední nebo poloúřední obsílce* spatřuje pak sp. *předpoklad procesu kontumačního*. Starořímskou zásadou bylo, že bez prohlášeného souhlasu žalovaného není možný proces porotní a proto též ne rozsudek. Obsílka žalovaného pak byla úplně soukromou věcí strany útočící. Soudní řád, spočívající na takových zásadách neznal rozsudku pro zmeškání. Vždyť neposlušnost (*contumacia*) lze si mysliti pouze proti soudcům *státním*. A vskutku činí také římský řád rozsudek kontumační závislým na odporu proti rozkazu vrchnosti, a to již proti *obsílce*, kterou nařídil *úředník*. Tou měrou pak, co vzniká a šíří se obsílka úřední, ujímá se a proniká též řízení kontumační. Obzvláště s úřední obsílkou v Egyptě a od dob Marka ve všech provinciích se shoduje, že tam byl připuštěn kontumační nález ve *všech* soukromých věcech, vznesených na soudy místodržitelské. Nejpozději od Diokletiana jest pak rozšířené řízení kontumační všeobecným právem říšským, jak dosvědčují C. 1. 7, 45, 8 a C. Th. 2, 4, 2.

Pronikavými výklady v odstavci IV. (str. 59–82) o *úřední obsílce a kontumačním řízení v soudech italských správců soudních (iuridici)* sp. prokazuje přesvědčivě, že v Ulp. lib. 4 de omnibus tribunalibus, D. 2, 12, 1, „*praetor*“ jest interpolací za původní „*iuridicus*“, značící podle zřízení císařů Marka a Vera soudního správce jednoho z italských okresů. Je-li tomu tak, podává fr. 1 cit. pevný důkaz, že byly možné kontumační rozsudky italských *iuridiků*, vydané po úřední obsílce, a to i v takových věcech, které byly v Římě rozsuzovány pouze od porotců. Tím pak jest zároveň nalezen a zjištěn článek, který sprostředkuje přechod od kontumačního řízení v soudech provinčních ke kontumačnímu procesu soudů hlavního města. I jest zajisté dobře odůvodněna krásná doměnka sp., že úřední obsílky a řízení pro zmeškání bylo užito na věci, které v Římě byly vyhrazeny řízení porotnímu, nejprve v provinciích a odtud byl pak kontumační proces převzat do soudů italských *iuridiků* a teprve naposled dostal se z italských sousedních okresů do hlavního města, kde řízení rozhodčí mělo nejpevnější kořeny. Jako všeobecné právo římské jest řízení kontumační prokázáno teprve za Diokletiana.

L. Heyrovský.

SBORNÍK VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.

ZALOŽIL BOHUŠ RIEGER.

ZA ÚČASTENSTVÍ ČLENŮ
PRÁVNICKÉ FAKULTY KARLOVY UNIVERSITY
VYDÁVÁ K. KADLEC.

PODPOROU MINISTERSTVA ŠKOLSTVÍ A NÁRODNÍ OSVĚTY, ČESKÉ AKADEMIE
VĚD A UMĚNÍ A PRÁVNICKÉ JEDNOTY V PRAZE.

Ročník XX.

V Praze 1920.

Nákladem Bursíka a Kohouta, knihkupců university Karlovy a České
Akademie věd a umění.

SBORNÍK

VED PRÁVNÍCH

A STÁTICKÝCH

VED

PROF. DR. J. K. J. J.

PROF. DR. J. K. J. J.

PROF. DR. J. K. J. J.

PROF. DR. J. K. J. J.

PROF. DR. J. K. J. J.

PROF. DR. J. K. J. J.

Obsah ročníku XX.

ČLÁNKY:

<i>Hoetzel Jiří</i> , Ústavní listina Československé republiky	1
<i>Laštovka K.</i> , Nástin župního zřízení	25
<i>Krčmář Jan</i> , Několik poznámek k chystané reformě práva občanského	35
<i>Kallab Jaroslav</i> , K nauce o přičetnosti a trestnosti se zřetelem na trestní odpovědnost mládeže	60
<i>Horáček Cyrill jun.</i> , Porušení belgické a lucemburské neutrality Němcem ve světové válce	89
<i>Stieber M.</i> , Vývoj a právní povaha vlastnickovy hypoteky	161
<i>Müller František</i> , O nekalé soutěži	239
<i>Dr. Volkar</i> , Účast občanstva v jurisdikci okresních a župních úřadů	249
<i>Chalupný E.</i> , Právní filosofie V. S. Solovjeva	270
<i>Vančura Josef</i> , Právní jednání a akt vrchnostenský	288

LITERATURA:

Část všeobecná:

Národní shromáždění československé v prvním roce republiky. — Rok práce. (<i>K. K.</i>) — Hodža Milan, Československý rozkol. — Škultéty Jozef, Sto dvadsaťpäť rokov zo slovenského života. (<i>Karel Kadlec</i> .) Nistor I., Der nationale Kampf in der Bukovina. (<i>X. X</i>)	103
Kerner Robert Joseph, Slavic Europe. (<i>Karel Kadlec</i> .) — Hruchevsky Michel, Abrégé de l'histoire de l'Ukraine. (<i>X. X</i>).	295

Právní filosofie:

Weyr, Základy filosofie právní. (<i>Jaroslav Kallab</i> .)	114
---	-----

Právní dějiny:

Římské právo. Novější věda italská o definicích římských obligací. (<i>Jan Vážný</i> .) — Nové theorie italské o vzniku římské obligace. (<i>Jan Vážný</i> .) — Der Gnomon des Idios Logos. (<i>L. Heyrovský</i> .) — Paul M. Meyr, Juristische Papyri. (<i>L. Heyrovský</i> .) — Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. (<i>L. Heyrovský</i> .) — Moriz Wlassak, Zum römischen Provinzialprozess. (<i>L. Heyrovský</i> .)	135
--	-----

- Kadlec Karel, Dějiny veřejného práva ve střední Evropě. (*Boh. Baxa.*) — Kisch Guido, Leipziger Schöffenspruchsammlung. (*K. K.*)
 — Josef Vacek, Církev katolická a manželství (*Xenner*). 297

Trestní řízení:

- Lohsing Ernst, Österreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung: (*Xallab.*) 309

Národní hospodářství:

- Fiedler Fr., Socialism před válkou a po válce. (*Dr. Ant. Hamann.*) 310

Zprávy:

- Paměť čtyřstého výročí úmrtí m. V. Kornela ze Všehrd. — Oslava 70. narozenin univ. prof. Dra. Frant. Storchy. — Památce polského právního historika slavisty, (*K. Kadlec.*) — Jiné zprávy 312
-

Vývoj a právní povaha vlastnickovy hypoteky.

Napsal Dr. M. Stieber.

Díl první:

Vývoj vlastnickovy hypoteky.

I.

Vlastníková hypoteka římská.

§ 1. Literatura a prakse starší.

V několika případech římských pramenů nemá konfuse svých obvyklých účinků, ačkoli právo zástavní s vlastnictvím splyne. Je tomu tak u zástavního věřitele, který nabývá vlastnictví, nevěda o zástavě¹⁾ nebo ji od dlužníka koupí nebo na

¹⁾ L. 30. § 1 D. de except. rei iud. 44, 2: Paulus libro quarto decimo quaestionum. Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de iure testamenti faceret quaestionem, ab uno ex institutis dimidiam partem hereditatis petiit nec optinuit. Videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse et ideo, si coeperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstabit ei exceptio rei iudicatae. Latinus Largus: cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et optinuit, post hoc iudicium Maevius heres repperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum, cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. Respondi: si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. Quod si possessor absolutus amissa possessione eundem

místě placení přijme.²⁾ Je tomu dále u zástavního věřitele³⁾ nebo osoby třetí,⁴⁾ jež koupí zastavenou věc od dlužníka, aby kupní cenou zaplacen byl věřitel přední. Pravidlu, že nikdo nemůže zastaviti svou věc vlastní,⁵⁾ chce se jíti z cesty. Ne zástavní věřitel, jen vlastník je to, který se proti nároku zadního věřitele chrání.⁶⁾ Že zástavní právo dále trvá, se nepraví.

Vytýká se naopak, že ani nemohlo potrvati. Je to jen žaloba zástavní, která zbývá.⁷⁾ Tyto prameny přisuzují však zástav-

ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret non obsesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. Cum autem pignoratitia actum est (adversus priorem creditorem), potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri. Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratione competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem. Pod pignus rozumí se také hypotheka. Viz Basil LI. tit. 2, cap. 27: ἐπὶ δὲ τοῦ προκειμένου θήματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγή σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρεὸς οὐ κατεβλήθη.

²⁾ L. 1. C. si ant. cred. 8, 19: Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

³⁾ L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

⁴⁾ L. 3. C. de his qui in prior. 8, 18: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt iusta defensione te tueri potest. Dříve se sem čítaly i jiné případy viz Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, 1875, 8, pozn. 3.

⁵⁾ L. 45. pr. D. de div. reg. iuris 50, 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest. Viz též L. 33, § 5 de usurp. et usuc. 41, 3.

⁶⁾ Viz pozn. 2., (res obligatas audieris), 3. (tuendum), 4. (tueri.)

⁷⁾ Viz pozn. 1.

nímu věřiteli jistý „locus“ a mluví o successi věřitelů zadních v „locus“ věřitelů předních.⁸⁾ To bylo pozdější teorii pak podnětem, že locus od zástavního práva oddělovala a také nezástavnímu právu jako na př. vlastnictví přidělovala.

Místa tato již od dob glossátorů až po naše časy byla stálým předmětem sporů a výkladů. Spor a výklad točil se o otázku, zda současně v jedné osobě i vlastnictví i zástavní právo může trvati, čili jak pozdější teorie formulovala, zda je vlastníková hypoteka možná. Názory projevené seskupují se takto v hlasy proti vlastníkově hypotece a v hlasy pro vlastníkovu hypoteku.

1. Hlasy proti vlastníkově hypotece.

Proti současnému trvání práva zástavního a práva vlastnického postavila se již glossa. Trvala slovně na pramenech. Ani jich neformulovala. Věc vlastníkovi není zastavena. Vlastník jen se ochrání.⁹⁾ Zadní věřitel musí vlastníkovi dluh zaplatiti, chce-li svému zástavnímu právu zjednati průchod. Glossa je si toho vědoma, že tu není dluh, byla-li věc vlastníkovi dána na místě placení. Než ta věc nemůže mu býti na škodu. Nevzdalť se pohledávky pro ten případ, že se datio in solutum zvrhne. Právo prvního věřitele se nepohorší, přistoupí-li k němu právo věřitele druhého¹⁰⁾. Glossa snaží se rozpor rozřešiti i výkladem, že ani žádné vlastnictví neexistuje.¹¹⁾

⁸⁾ L. 3. C. de his qui in priorum creditorum loco succedunt 8, 18.

⁹⁾ Glossa ad l. 3. C. de his qui in pr. 8. 18: non ut rem habeas obligatam, sed ut te tueri possis contra omnes, ut ipse poterat. Gl. ad L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: cum sit iam sublatum vinculum pignoris.

¹⁰⁾ Glossa ad l. 1. C. Si ant. cred. 8. 19: remanet mihi ius pignoris, sic tamen rem obligatam persequi potero, si debitum primo creditori solvero . . . immo non videtur necesse aliquid offerri: quia propter dationem in solutum desiit esse debitum. Sed certe non est ita: quia sic tua diligentia noceret, quod esse non debet. Vel dic quod non videtur recessisse ab obligatione prima si revocabilis esset datio. Sed quomodo secundus audiret contra primum vel offerendo, vel illo modo: cum primus sibi in pignore preniderit? Respond. quia licet debitori facere primi creditoris conditionem deteriore, adjiciendo secundo. Stejně také Glossa ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4.

¹¹⁾ Glossa ad l. 30 § 1. D. de except. rei jud. 44, 2: videtur autem nocere Maevio quod fuit factus dominus fundi, et sic extincta hypotheca, sed dicas quod non fuit factus dominus fundi, et sic habeat nunc actionem, hypothecariam non obstante etiam prima sententia . . . potest dici quod tradens non fuit dominus cum tradens dederit quasi rem accipientis et

Z teoretiků kloní se ke glosse (l. 3 C. 8, 18, l. 1. C. 8, 19) Jacobus de Arena. Otázku „pignus an valeat in re propria“, řeší dialektickou odpovědí: „tantum valet sibi unum sicut aliud, ut ubi non potest sibi tantum valere, tunc pignus tenet etiam in re propria“. Není vlastníkem, komu se vlastnictví může vzít.¹²⁾

Z postglossátorů jde Cynus s Arenou. Precisuje však glossu (l. 3. C. 8, 18), že vlastník má retenci věci.¹³⁾ Náhled jich obou přijímá Albericus de Rosate,¹⁴⁾ v něčem jde s glossou.¹⁵⁾ Dle Bartola drží vlastník věc svou „loco pignoris“. To odůvodňuje její retenci.¹⁶⁾ Glosse dostává se od něho výtka, že nechce vlastnictví uznati.¹⁷⁾ Vlastnictví nabývá se jen odvolatelně. Nabývá-li se, není to na škodu věřitele. Jeho zástavní právo trvá.¹⁸⁾ Při koupi prvního věřitele (l. 1. C. 8, 19) jde Bartolus

accipiens eodem animo accepit, credens esse hereditatis . . . quid ergo si fuit factus dominus: ut quia xidens dantis accepi forte adhuc videtur idem (arg. huius literae „verum est cuius etc.“). Ergo hypothecaria durat quae talem conditionem habet: nisi soluta pecunia. Glossa cit. dle vydání: Digestum vetus cum glossa. Venetiis per Baptistum de Fortis 1494.

¹²⁾ Jacobi de Arena: commentarii in universum ius civile . . . Lugduni 1541, fol. 55, 56, si potiores, si vendidisset.

¹³⁾ Cyni . . . super codice et digesto veteri lectura . . . Lugduni 1547, fol. 340 „si potiores“, fol. 341 „si vendidisset“.

¹⁴⁾ Secunda Alberici super codice. Lugduni 1545, fol. 151, „qui potiores“ si vendidisset.

¹⁵⁾ Secunda Alberici super digesto veteri. Lugduni 1545, fol. 173, qui a debitore. Prima Alberici super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 168, Latinus Largus.

¹⁶⁾ Bartoli prima in digestum vetus: Lugduni 1555, 159 ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Emptor pignoris potest ex pacto in locum prioris creditoris succedere, si ad eum pretium pervenerit. h. d. Sed quaero, quomodo potest ille emptor succedere in locum prioris creditoris, cum res efficiatur sua et res sua non obligetur ei, ut lex neque pignus, i. de reg. u. Respon. licet sit sua et non sit ei obligata, tamen loco pignoris retinetur: ut l. ex sextante § Latinus i. de exce. rei iudi. et Latinus § offerri § de act. empt. et § eodem l. 3. § 1. et C. si antiq. cred. l. 1. cum si. Querit glossa quid si prior creditor emit a debitore an possit succedere ipsemet in locum sui ut habeat ius retentionis. Glossa determinat quod sic: dic ut in ea.

¹⁷⁾ Viz pozn. 10.

¹⁸⁾ Bartoli super prima digesti novi. Venetiis per Joannem et Gregorium de Gregoriis fratres 1501. ad l. 30. § 1. D. de except. rei iud. 44. 2: Latinus Largus. Res sua nemini potest esse obligata, ut dicitur hic et l. neque pignus infra de reg. iur. et vide istam glossam, quae pessime soluit, quod non fuit factus dominus, sed illud est contra textum ibi dominio constituto

s glossou.¹⁹⁾ Baldus konstruuje pro osobu třetí (l. 3. C. 8, 18) „quasi pignus“.²⁰⁾ První zástavní věřitel (l. 1. C. 8, 19) má věc „commutabiliter propriam“, která zůstává v zástavě.²¹⁾ Salycetus připojuje se ke konstrukci Bartolově o retenci loco-pignoris. Věc není vlastní „pleno iure propter ius hypothecae quod remanet salvum priori creditori“.²²⁾ Není však ve svém názoru jednotný. Hypoteka vzejde i vlastníkově, má-li zadní věřitel proti němu „ius offerendi“.²³⁾ Fulgosus jde (l. 17. D. 20. 4) s glossou. Vlastnictví je sice převedeno, ale může býti odvoláno. Zástava se dává, bude-li vlastnictví zrušeno. Věřitel se chrání stejně jako kupec (sicut creditor nonnunquam in locum domini, sicut dominus in locum creditoris).²⁴⁾ Ke glosse připojuje se také Paulus de Castro.²⁵⁾

Traktáty, které se zabývají výlučně zástavním právem, přijímají řešení předchozích spisovatelů. Negusantius dovolává se Bartola a Castra. Stal-li se věřitel vlastníkem věci odvolatelně, dává se mu „retentio pro suo credito et pro hypotheca non extincta“.²⁶⁾ Dle Bachovia jest věc u kupce zástavy, který prv-

Item contra principium legis ibi proprium, scilicet Titii. Vera solutio est, quando res efficitur perfecte et irrevocabiler accipientis: tunc pignus extinguitur, secus si revocabiler, quia acquisitio domini non debet nocere creditori nec pignus extinguitur . . . Et hanc solutionem tenet hic Petrus et Jacobus de Rauen et Ly. Cynus de his que in frau. credi l. fi. C. si antiqui. credi. l. l. in III. q.

¹⁹⁾ Lectura Bartoli. super secunda parte codicis. Venetiis 1499. fol. 112^v si vendidisset.

²⁰⁾ Baldi. commentaria in VI., VII., VIII., IX., X. et XI. Codicis lib. Venetiis 1572, folio 390, si potiores: Iure proprio non habetur pignus, sed quasi pignus, unde si mea res est obligata priori creditori cui ego solvo. . . Creditor ergo hoc casu ius hypothecae et sic rem suam habet, et quasi obligatam.

²¹⁾ L. c. si vendidisset.

²²⁾ Salycetus super digesto veteri, Lugduni, 1541, fol. 130 „qui a debitore“.

²³⁾ Bartolomei de Salyceto quarta super septimo, octavo et nono codicis. 1541, fol. 125, si potiores.

²⁴⁾ Raphaelis Fulgosi Placentini . . in primam pandectarum partem commentarium . . tomus secundus. Lugduni 1554, qui a debitore, p. 170.

²⁵⁾ Pauli de Castro prima super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 91, 92, Latinus.

²⁶⁾ Antonius Negusantius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Lugduni 1562, 285, I. m., 5. p., num. 55. Viz též 325 a násl. III. m. 5. p. num. 3.

ního zástavního věřitele kupní cenou splatil, „quasi cuiusdem pignoris iure“.²⁷⁾ Na jiném místě pak praví, že ze smlouvy mezi dlužníkem a kupcem, aby kupní cenou byl přední věřitel zaplacen a kupci zástava odevzdána, „quasi tacite pignus contrahi videatur“.²⁸⁾ K ochraně jeho slouží excepce.²⁹⁾ Merlinus tlu- močí obecné mínění, že kupci, třeba by byl zbaven hypoteky, ze slušnosti neodjímá se právo retence.³⁰⁾ Registruje též náhled Bartolův, že věc jest „quasi obligata“.³¹⁾ Na jiném místě však zase tvrdí, že hypoteka nepomíjí „stante iure hypothecae secundi creditoris“. Prodej a dání na místě placení zvrhne se nárokem zadního věřitele, a dřívější právo kupce nezůstane zrušené a uhaslé, nýbrž obživne.³²⁾

Podle pavijského právníka Costy má kupec zástavy právo excepce a retence.³³⁾ Holandský právník Sande soudí, že věc se koupí, ne aby vlastnictví se nabylo, nýbrž aby zástavní právo se zachovalo. Třeba hleděti k tomu, co se stalo, ne k tomu, co se psalo.³⁴⁾ Pro ius offerendi, které zadnímu věřiteli přísluší, konstruuje i ty subtilnosti, že vedle kapitálu třeba nabídnouti i úroky. Užitek věci je sice kompensace, ale i větší rozdíl úroků, než je užitek, třeba nahraditi. Oblaci se koupě zvrhne a dřívější pohledávka obživne.³⁵⁾ Jeho krajan Voet řeší věc podle glossy. Právo

²⁷⁾ Reinhard Bachovius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Francofurti et Rostochii. 1656, lib. IV., cap. 16, pag. 344.

²⁸⁾ L. c. pag. 346.

²⁹⁾ L. c. pag. 347.

³⁰⁾ Mercurialis Merlinus, De pignoribus et hypothecis. Genevae 1661. qu. 44. num. 8., qu. 43 num. 20.

³¹⁾ L. c. qu. 44 num. 9.

³²⁾ L. c. qu. 43 num. 10.

³³⁾ Joannis Costae, Tractatus novus de facti scientia et ignorantia. Francofurti, 1605, 302.

³⁴⁾ Joanne de Sande, Decisiones Frisicae. Leovardiae 1656, 206 def. XVIII: At si existentibus pluribus creditoribus eiusdem debitoris, unus eorum rem oppignoratam vel a priore creditore pignus distrahente, vel ab ipso debitore emat; ista emptio non tam dominii acquirendi, quam pignoris et crediti secundi causa fieri intelligitur, et hic non tam quod scriptum, quam quod actum est, inspicitur.

³⁵⁾ L. c. 207 def. XIX: Nam per oblationem hanc datio in solutum vel prior emptio quasi resolvitur et pristina obligatio reviviscit, perinde ac si pignus creditori in solutum datum non fuisset, quo casu sors eum usuris debetur.

předního věřitele obživuje evikcí věřitelů zadních, tak jako by se koupě ani nebyla stala.³⁶⁾

Z právníků německých někteří subtilnosti glossy pouštějí. Důraz začíná se klásti na *sukcessi* věřitele zadního v právo věřitele předního a pak na *sukcessi* kupce zástavy, byla-li *sukcesse* tato vyjednána.³⁷⁾ Přes to má i kupec, který si to nevyjedná, právo retence věci a obrany proti zadnímu věřiteli, pokud mu kupní ceny neoferuje.³⁸⁾ Opětovně se pak konstatuje, že na vlastní věci zástavní právo míti nelze.³⁹⁾

2. Hlasy pro vlastnickou hypoteku.

K otázce vlastnickovy hypoteky zaujímá již stanovisko A z o. Nedává se (l. 3. C. 8, 18) másti konfusi práva zástavního s vlastnictvím. Na zadního věřitele anebo osobu cizí, která kupní cenu na zaplacení předního věřitele věnovala, přecházejí „*ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora*“. Osoby tyto musily si však s prvním věřitelem *sukcessi* tuto vyjednat. Dluh prvního věřitele sice zanikne, ač zdá se, jakoby dále trval.⁴⁰⁾ Převezme-li přední věřitel zástavu na zaplacení (l. 1.

³⁶⁾ Joannis Voet . . commentarius ad pandectas. Hagae Comitum. 1731, 908, l. 20 tit. 5., num. 10; viz též 910, tit. 6., num. 1.

³⁷⁾ Joan. Thomae Freigii partitiones iuris utriusque, Basileae 1581, Struvius, Syntagma iuris civilis, Jenae 1668, II, 20. Heineccius Elementa iuris civilis, Amsterodami 1731, 415.

³⁸⁾ Fachineus, Consilia, Francofurti 1590, I, 116.

³⁹⁾ Joan. Schneidewini . . in quatuor Institutionum libros . . commentarii, Argentorati 1626, 438 (Improprie enim pignus dicitur rei suae), Fachineus, l. c., 116, 8.

⁴⁰⁾ Azonis summa super Codice et Institutionibus. Vēnetiis 1./6. 1498 fol. 205 C. De his qui in priorum creditorum loco succedunt: . . Scien- dum est itaque priori creditori solui pecuniam: quandoque a debitore, quan- doque ab extraneo, quandoque a secundo creditore. Si a debitore solvatur et de sua pecunia, scilicet quam non accepit ab alio mutuo non est propter talem solutionem successio in pignore, scilicet ipso iure liberatum est pignus ab illo creditore. Si autem solvat debitor creditori pecuniam, quam ad alio, puto Titio, mutuo accepit et velit Titius succedere in pignus quod fuerat obligatum ei cui solutum est, tria exiguntur ut succedat, item quod ab hoc det mutuo, ut liberetur pignus; item quod paciscatur de succedendo in ius prioris; item quod pecunia perveniat ad primum. Tunc enim succedit iste Titius in ius primi, item in potestatem vendendi pignoris, licet Titius non convenerit de pignore vendendo: imo forte convenerit ne vende- ret. ut D. que res pi. vel hypo. l. aristo. Item succedit in ordinem tem- poris, item ut preferatur eis quibus preferebatur ille. ut D.

C. 8. 19), nezanikne ani zástavní právo, ani dluh. Zadní věřitel musí přednímu „propter auctoritatem praecedentis contractus“ dluh tento zaplatiti.⁴¹⁾ Odofredus opakuje při prvním místě Azona. Zadní věřitel nastupuje „in locum“ předního, „quantum ad orididem creditorum et quo ad ius vendendi et quantum ad privilegium, si aliquod habebat“.⁴²⁾ Nabývá-li kdo zástavy jako vlastník, nevěda o zastavení (l. 30. § 1. D. 44, 2), nepozbývá zástavního práva.⁴³⁾ Odofredus dává podle pramenů (l. 17. D. 20, 4) ochranu věřiteli, jenž zástavu od dlužníka koupil a kupní cenou prvního věřitele zaplatil. Nezdát se, že by byl chtěl upustiti od zástavy.⁴⁴⁾ Glossa, jak již uvedeno, není názorům těmto přízniva. Také postglossátoři nikoli.

qui p. in pi. l. si prior. § a Titio ad § si tertius. Item succedit in privilegium personalium actionum, ut idem de ces. bon. l. 2 et est hoc mirabile, quod ex pacto debitorissuccedit in iussui creditoris, si tamen ad creditorem primum Titii perveniat pecunia, ut probatur D. qui po. in. pig. ha. l. si prior § a Titio, sed forte hoc est, quia creditor accipiendo pecuniam eidem pacto consensit. Illud tamen non audeo dicere: quod hypothecaria, quae dabatur primo, detur secundo: quia illa est extincta, cum extinctum sit principale debitum, sed ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora, transeunt ad istum, quia idem est pignus et idem debitor, quia debitum primum cuius ratione competebunt istae praerogativae primo creditori solutum est a sequenti quasi videatur idem durare debitum, quod fuerat prius. Si vero extraneus solverit primo creditori, necesse est, ut numeret pecuniam et ut paciscatur de succedendo, ut i. eo. l. 1 et si de privil. fis. l. si cum. Si vero secundus creditor solvat primo creditori vel eo non accipiente consignet et deponat etiam nullo pacto apposito succedit in ius primi.

⁴¹⁾ L. c. C. si antiquior creditor pignus vendiderit.

⁴²⁾ Odofredi . . in secundam Codicis partem praelectiones. Lugduni 1550, fol. 154—155 l. 3. C. de his qui in prior 8, 18, l. 1. C. si ant. cred. 8, 19,

⁴³⁾ Odofredi . . praelectiones in . . digestum novum, Lugduni 1552, 110, ad l. 30, § D. de exc. rei iud. 44, 2: Sed instatur hic, quomodo si traditur res Maevii, cum sit primo alii obligata, durat hypotheca, cum nemo potest habere hypothecariam etc. ut i. de rec. in l. pignus. Respondeo, speciale est hic, quia hic ingnovebat; et tolerabilis est ignorantia in facto alieno. Sic et alibi habet rem suam quis obligatam, ut scil. de pig. act. l. eleganter in princ. Vel potest ita dici: haec regula est vera, quia nemo potest suam rem habere obligatam, cum sua effecta est, secus si ante erat obligata, ut hic fuit.

⁴⁴⁾ Odofredi . . in secundam digesti veteris partem praelectiones . .

Z francouzských právníků Cujacioví sukceduje první věřitel jako kupec zástavy (l. 1. C. 8, 19) ve své vlastní místo.⁴⁵⁾ Na třetí osobu, jejíž kupní cenou se první věřitel zaplatí (l. 3. C. 8, 18) převádí se za souhlasu dlužníkovy mlčky i místo zaplaceného věřitele.⁴⁶⁾ V místo prvního vstupuje i zadní věřitel, koupiv věc a zaplativ jej její kupní cenou.⁴⁷⁾ Také Connanovi vkročuje kupec zastavené věci v zástavní právo věřitele, jejíž kupní cenou zaplatí.⁴⁸⁾ Totéž učí Donellus. Kupec vstupuje „in pignus et locum“ prvního. Musí to s ním však vyjednat, neboť mezi jinými mimo soudní zástavu vzniká zástavní právo jen smlouvou.⁴⁹⁾ Koupí-li první věřitel, nezaniká dluh, může-li se jeho zaplacení oblací zadního věřitele zvrhnouti.⁵⁰⁾

Právníci němečtí dávají otázce jiný směr. Kladou důraz na sukcessi zadního v právo předního a v sukcessi kupce zástavy, byla-li tato sukcesse vyjednávána. Nevyjednává-li si to tento kupec, má prvý právo retence a obrany proti zadnímu věřiteli.⁵¹⁾ Vylugduni 1552, 182, ad l. 17. D. qui pot. 20, 4: do věty: „quia videtur velle discessisse a vinculo pignoris“ třeba před „videtur“ připojiti omylem vypuštěné „non“.

⁴⁵⁾ Jacobi Cujacii. . Tomus nonus vel quintus operum postumorum Neapoli, 1722, 1220 ad tit. XIX, si ant. cred. pignus vend. : Emendo a debitorē pignus, antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, id est, eodem iure est, quo fuit ante emptionem, puta, ut sit potior in pignoris causa, nisi sequentes offerant pecuniam debitam ad usuras.

⁴⁶⁾ L. c. 1219, ad tit. XVIII, de his, qui in primum creditorum locum succedunt: quod est, inquam, iure successisse, id sic interpretandum, cessione scilicet a translatione pignoris facta, vel auctoritate iudicis vel consensu debitoris, qui utique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit, ut cuius pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiam si debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam ut ex pretio creditor dimitteretur (l. 3. h. tit.). Nam et hoc casu in ea re emptor. cuius pecunia pervenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res, erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus . . .

⁴⁷⁾ Cuiacius, Paratitla in libros quinquaginta digestorum, Coloniae Agrippinae, 1570, l. XX. tit. 4, p. 82.

⁴⁸⁾ Francisci Connani commentariorum iuris civilis libri X, Basileae, 1557, lib. IV, cap. XVIII num. 3.

⁴⁹⁾ Hug. Donelli . . Commentarii absolutissimi ad II, III. VI et VIII libros codicis . . Francofurti 1599, 643 vid. tit. XIX. de his qui in priorum: succedere in pignus et locum primi creditoris.

⁵⁰⁾ L. c. ad tit. XX si antiquior: Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest evinci.

jedná-li si cizí kupec jen tuto successi, má docela i žalobu zástavní, aby si držbu získal. Nevyjedná-li si to tento kupec, má aspoň „jus excipiendo et retinendi res pignori obligatam“. I zdá se, že takto jaksi již i právo retence a excepce i samo vlastní kovo právo zástavní kryje.⁵²⁾ Také se vykládá, že tento cizí kupec vstupuje „quo ad retentionem et quo ad ius excipiendo ex quo possidet“.⁵³⁾ Také M é v i u s, ač jinak kloní se ke glosse, zastává tyto názory. Jen ten kupec zástavy má právo zástavní předního, s nímž si to vyjedná anebo s jehož souhlasem právo jeho na sebe přivede.⁵⁴⁾ I vykládá se, že successe cizího kupce „in pignus primi“ je jedna z těch výjimek, které vylučují pravidlo „qui prior tempore, potior est iure“.⁵⁵⁾ „In emptorem“ převádí se mlčky „ius primi creditoris“, takže se může „iusta defensione“ proti zadním věřitelům brániti.⁵⁶⁾ Na smlouvě o successi při cizím kupci trvá také B e c k m a n n⁵⁷⁾ a P e r e z.⁵⁸⁾ B r u n n e m a n n o v i stačí, učiní-li se jen s dlužníkem.⁵⁹⁾ Na něho odvolává se i L a u t e r b a c h.⁶⁰⁾ Zástavní právo přiznává prvnímu věřiteli jako kupci i C o c c e j u s, pomíjíť pouze „legitima distractione“.⁶¹⁾

52) Practicae observationes a . . Bernhardo Wurmsero a Schaffalshheim et Hartmanno Hartmanni ab Eppingen. Francofurti 1658, II, Observ. ab Hartmanno, 310, tit. 27, obs. IV.

53) Francisci Manticae . . lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus. I. Gen evae 1681, lib. 11, tit. 29 num. 9, 10.

54) Johann Michael Beuthern, Consultationum sive responsorum de iure praelationis seu prioritatis inter plures concurrentes creditores, Strassburg 1615, I, cap. 51: Viz též Hartmann, Observ. v pozn. 51.

55) Codicis Meviani supplementum, 1713, lib. VIII., tit. 19, dec. 18. Viz též Georgii Adami Struvii Syntagma iuris civilis. Jenae 1668, II. 16, 25., 20, 34.

56) Justi Meieri Collegium Argentoratense. Argentorati 1657, p. 1173 č. 5.

57) Georgii Frantzkii commentarius in viginti et unum libros pandectarum. Francofurti et Lipsiae 1678, p. 675 qui potiores č. 95, 96.

58) Nikolaus Beckmann, Medulla Justiniana. Parisiis 1666, I. XX, tit. IV, th. 15, p. 485.

59) Ant. Perezi . . praelectiones in duodecim libros codicis. Lovanii 1651, 573. L. 8. tit. 20 si antiq. num. 5—8: in locum prioris succedit.

60) Johannis Brunnemannii commentarius in duodecim libros codicis. Lipsiae 1672, 979 si potiores: nam tunc tertius in locum primi succedet.

61) Lauterbach, Collegium theoretico-practicum a libro vicesimo pandectarum, II. Tubingae 1743, 125.

61) Coceji iuris civilis controversi pars II. Francofurti 1753, I. XX, tit. V., q. 5, p. 51.

Teorie nalézá ohlas i v nálezech praxe. Nizozemská nejvyšší kurie rozhoduje, že zadní věřitel má oferovati kupci zástavy kapitál i s úroky.⁶²⁾ V belgických soudech přisuzuje se cizímu kupci zástavy právo retence, zástavnímu věřiteli (l. 30, § 1 D. de exc. r. i. 44, 2, l. 17. D. qui pot. in pign. 20. 4) právo zástavní, které ožívá, provede-li se zadními věřiteli proti kupci evikce.⁶³⁾ Stejně také v Paříži.⁶⁴⁾ Retenci zástavy má také její kupec podle rozhodnutí senátu savojského.⁶⁵⁾ Musí si však dát od předchozího věřitele právo jeho postoupiti.⁶⁶⁾ Věřitel zadní má „ius offerendi“ nejen proti prvnímu, ale i proti druhému kupci. Také u druhého kupce je vlastnictví stejné jako u prvního „affectum et revocabile“.⁶⁷⁾

Královská rada neapolská rozhoduje, že vlastník může „retinere terram pro sua hypotheca“.⁶⁸⁾ Před ní vede se také spor o tom, zda přísluší „ius offerendi“ druhému věřiteli proti kupci, který koupí věc od dědice a zaplatí kupní cenu věřitelům předchozím.⁶⁹⁾ V Neapoli rozhoduje se také, že druhému věřiteli přísluší proti prvnímu „ius offerendi“, třeba by věc koupil nebo „datione in solutum“ přijal, tak jakoby někomu jinému bylo zcizeno.⁷⁰⁾ V Římě ve svaté rotě přisuzuje se ve čtvrté instanci po čtyřech letech po koupi zadnímu věřiteli „ius offerendi“ proti kupci.⁷¹⁾ Ve Florencii přikládá se excecpe a retence dědici, který

⁶²⁾ Joanne de Sande, Decisiones Frisicae, Leovardiae 1656, 207 (nález z 20/12. 1611).

⁶³⁾ Paulus Christinaeus, Practicarum quaestionum rerumque in supremis belgicarum curiis iudicatarum observatarumque vol. IV. Antverpiae 1671, tit. XIX dec. 161, tit. XX, dec. 162.

⁶⁴⁾ L. c. dec. 162.

⁶⁵⁾ Antonius Faber, Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum. Lugduni 1661, lib. VIII, tit. X., def. VII.

⁶⁶⁾ L. c. dec. VIII.

⁶⁷⁾ L. c. tit. X, def. II.

⁶⁸⁾ Antonius Capycius, Decisiones S. Regii Consilii Neapolitani, Lugduni 1555, dec. XLIII. num. 5.

⁶⁹⁾ Vincencius de Franchis, Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, Francofurti 1672, dec. 531.

⁷⁰⁾ Mathaeus de Afflictis, Decisionum sacri regii Neapolitani consilii . . . centuriae quatuor. Francofurti ad Moenum 1616, 31 dec. XVI.

⁷¹⁾ Decisiones sacrae rotae Romanae in tractatu de pignoribus et hypothecis . . . Mercurialis Martini dec. LXI (rozh. 1642): in dubio praesumitur emisse potius confirmandam suae hypothecae gratia quam acquirendi dominium (num. 2).

zaplatil předchozího věřitele.⁷²⁾ V Granadě vztahuje královský senát předpis o koupi zastavené věci na koupi dŕchodu, když danou kupní cenou provedena byla konverse vysokoúročného dŕchodu na dŕchod nízkouúročný.⁷³⁾ Na šefním soudě lipském se rozhoduje, že toliko zaplacením dluhu, nikoli nabytím vlastnictví hypoteka pomíjí.⁷⁴⁾ Královský soud vismarský prikazuje zástavní právo věřitele předchozího věřiteli zadnímu, který zástavu na místě placení přijal a věřitel předchozího svými penězi uspokojil.⁷⁵⁾

§ 2. Novější literatura a prakse.

V pozdějších spisech německých právníků stává se zavazení vlastní věci předmětem stále zmínky. Snadno lze to odůvodniti z literatury předchozí, ale i nový výklad snaží se věc rozřešiti. Westenberg žádá, aby se věc znovu dala v zástavu.⁷⁶⁾ Hofacker přisuzuje novému kupci „pignus et locum, quem prior dimisit“.⁷⁷⁾ Dabelow všímá si pouze práva „offerendi“, které zadnímu věřiteli proti kupci zástavy přísluší.⁷⁸⁾ Cizí kupec zástavy nabývá podle Thibauta práva zaplaceného věřitele ku své jistotě.⁷⁹⁾ Podle Westphala i zadní zástavní věřitel.⁸⁰⁾

⁷²⁾ Hieron. Magonius, Decisionum caussarum tam rotæ Florentinæ, quam rotæ Lucensis . . centuriæ tres. In nob. Francofurto 1600, dec. 59 num. 3.

⁷³⁾ Dr. Joannes Bapt. Larrea, Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regni Castellæ pars prima. Lugduni 1658, 184, disp. XX, decisio 18.

⁷⁴⁾ Carpzov, Jurisprudentia forensis. Lipsiæ et Francofurti 1684, p. II const. 23, defin. 33 (r. 1634).

⁷⁵⁾ Codex Mevianus hoc est summi tribunalis regii, quod est Wismariae super quaestionibus forensibus. Augustæ Vindel. Dilingæ et Francofurti 1703, t. II, 662 lib. VIII, tit. 19 dec. VII (rozh. 13./10. 1658).

⁷⁶⁾ Joannis Ortwinii Westenbergii . . principia iuris secundum ordinem digestorum seu pandectarum. I Vindobonæ 1777, 770. Aliique, quorum pecunia res-empta est, si eadem iis specialiter pignori obligata sit.

⁷⁷⁾ B. Caroli Christophori Hofacker principia iuris civilis romano-germanici II. Tubingæ 1801, 393.

⁷⁸⁾ Dabelow, Pandecten des gem. römisch-deutschen u. forensischen Privatrechts. I. Halle 1803, 334, § 839.

⁷⁹⁾ Thibaut, System des Pandecten-Rechts. II, Jena 1809, 92.

⁸⁰⁾ Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1800, 263, 264.

Nový kupec vstupuje v jeho právo dle Glü c k a.⁸¹⁾ L ö h r o v i však zástavní právo zaniklo. Pouze excepce dřívějšího zástavního věřitele vlastníkovu zbývá.⁸²⁾ Než literatura cesty již nastoupené neopouští. Přetřásá se již, zdá právo na vlastní věci může vzniknouti.⁸³⁾ V učebnicích pandekt již se ukazuje, že zástavní právo u nového kupce trvá, ač pohledávka zanikla.⁸⁴⁾ Zachovává se ať kupci cizímu, ať zástavnímu věřiteli zadnímu proti jiným zástavním věřitelům. Nemá žádného pozitivního účelu, aby se z věci uspokojení došlo, nýbrž jen negativní, aby se toto uspokojení jiným zamezilo.⁸⁵⁾ Konfusi zaniká sice právo zástavní. Na vlastní věci nedá se žádné zástavní právo mysliti. Než ve všech případech pramenů může kupcem právo zástavního věřitele proti zadním věřitelům býti vykonáno, bylo-li to při koupi věci vyjednáno. Jim přísluší však také proti němu „ius offerendi“.⁸⁶⁾ Na vlastních věcech nemůže právo zástavní býti nabyto. Ohledy slušnosti zavedly však anomalii, že se věřiteli přednost, které svým zástavním právem nabyt, i po nabytí práva vlastnického zachovává nebo že se naň při nabytí práva vlastnického také právo zástavní převádí anebo že stejnou skutečností i právo vlastnické i zástavní získá.⁸⁷⁾

Zástava věci vlastní stává se brzy také zorným úhlem, s něhož se hledí na samo právo zástavní. Ač ne dosti výslovně, je také již studií B ü c h l a o „Povaze práva zástavního“.⁸⁸⁾ Právo

⁸¹⁾ Glü c k, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Erlangen 1817. sv. 19, 374 a násl.

⁸²⁾ Dle zprávy Wening-Ingeheim v „Archiv für die civilistische Praxis“, 6, 139.

⁸³⁾ Archiv für die civilistische Praxis, VI (1823), 134 a násl. Dr. v. Wening-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache, viz téhož Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, (1837), 1, 457.

⁸⁴⁾ Valett, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes. Leipzig 1828, I, 300.

⁸⁵⁾ Sch w e p p e, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1828, 2, 339, 340, § 367a.

⁸⁶⁾ Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, II. Giesen 1831, 148, pozn. c. a § 303 pozn. b.

⁸⁷⁾ Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, I, Halle 1839, 193, 194. Viz též jeho Doctrina pandectarum, vol. II, Halis Saxonum 1831, 178. Týž, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Greifswald 1836, 486.

⁸⁸⁾ B ü c h e l, Über die Natur des Pfandrechtes, Marburg 1833, 85 a násl.

zástavní je „obligatio rei“ a jako při obligacích mohou i při zástavním vyskytnouti se případy, kde vlastník naproti své vlastní věci je věřitelem zástavním. Koupí-li věc zadní věřitel a zaplatí předního, trvá zástavní právo, i vlastnictví. Zástavní právo je tu silnější než samo vlastnictví.⁸⁹⁾ Zápověď splnutí zástavního práva s vlastnictvím⁹⁰⁾ obchází hravě. Zápověď vztahuje se pouze na „pignus“. To jest pouze zástava ruční. Ruční zástavní právo konfusí pomíjí. Při hypotece trvá.⁹¹⁾ Kde prameny (l. 30 § 1 D. 44, 2) dávají actionem pigneratitiam, tam je také právo zástavní. Jeť tato žaloba jen jeho vlastním obsahem.⁹²⁾ Podle Haimbergra přechází na vlastníka zastavené věci právo zástavního věřitele. Tak chrání se proti jiným zástavním věřitelům. Vyskytá se to zejména tehdy, je-li zřejmo, že by se vlastník svého zástavního práva nebyl zřekl, kdyby byl předvídal, že mu z toho škoda vzejde.⁹³⁾

Zastavení vlastní věci je problém, který stále romanisty zaměstnává. Sintenis ve své monografii o zástavním právu jedná o zastavení vlastní věci ve zvláštním šu.⁹⁴⁾ Kupec zástavy, nevěda o zástavě, nabývá i práva zástavního.⁹⁵⁾ Cizí kupec může se excecí nebo replikou na pořad práva odvolávat, byla-li pohledávka jeho penězi zaplácena.⁹⁶⁾ Totéž právo má zástavní věřitel, který nabytí zástavy, nevěda o pozdějším zástavním právu. Ví-li o něm, pomíjí jeho zástavní právo.⁹⁷⁾ Rosshirtovi právo zástavní konfusí nezaniká. V ostatních případech vede si vlastník tak, jako by jeho právo zástavní ještě existovalo.⁹⁸⁾ Právo zástavní předpokládá pohledávku, praví G ö s c h e n. V některých případech má se však za to, že trvá, ač pohledávka zanikla. Tak

⁸⁹⁾ L. c. 88, 89.

⁹⁰⁾ Viz pozn. 5.

⁹¹⁾ Büchel, l. c. 91 a násl.

⁹²⁾ L. c. 96 a násl.

⁹³⁾ Anton Haimberger, Reines römisches Privatrecht, Wien 1835, II., 117.

⁹⁴⁾ Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1886, 96-113.

⁹⁵⁾ L. c. 100, 113.

⁹⁶⁾ L. c. 113.

⁹⁷⁾ L. c. 113.

⁹⁸⁾ Rosshirt, Gemeines deutsches Civilrecht, II. Heidelberg 1840, § 320.

přenáší se na jinou pohledávku, ač existuje bez pohledávky.⁹⁹⁾ Zadní zástavní věřitel a nový kupec zástavy, zaplativše kupní cenou prvního zástavního věřitele, sukcedují v právo zaplaceného.¹⁰⁰⁾ První zástavní věřitel, koupiv tuto zástavu, stává se vlastníkem pro svou větší jistotu. Třeba by se stal vlastníkem, podržuje si své právo zástavní.¹⁰¹⁾ Burchardi má za to, že se vzhledem k ostatním zástavním věřitelům další trvání zástavního práva finguje. Lze je proti nim prováděti nejen excepce, nýbrž i „actione hypothecaria“.¹⁰²⁾ Dle Vangerova má se za to, že zástavní právo ještě trvá, pokud vlastníkově ještě prostředky přísluší, kterými se může proti zadním věřitelům chrániti. Je to možno zněním formule hypotekární.¹⁰³⁾ Koupí-li první věřitel, je to jen tehdy možno, nebylo-li mu známo další zavazení.¹⁰⁴⁾ Bachofen vidí v zástavním právu zástavní žalobu. Formule zástavní žaloby rozhoduje o jeho podstatě. Tuto lze prováděti stejně dobře jak před nabytím práva vlastnického, tak po jeho nabytí. Zastavení věci vlastní je tedy možné. „Pignus“ Paulova místa vztahuje se na zástavní držbu. Zástavní držba se s vlastnictvím sloučiti nedá.¹⁰⁵⁾ První věřitel, koupiv věc od dlužníka, chrání se proti pozdějšímu zástavnímu věřiteli exceptione doli. Jeho dřívější zástavní právo zaplacením zaniklo. Odporovalo by slušnosti, kdyby postavení jeho po koupi bylo horší než před koupí. Oblace zástavního věřitele bude se vztahovati netoliko na kupní cenu, nýbrž i na zástavní sumu, původně pojištěnou. Pro tento obnos vstupuje oferent „in locum dimissi“.¹⁰⁶⁾

Dle Seufferta přenáší se na vlastníka právo uspokojeného zástavního věřitele.¹⁰⁷⁾ Jsou to výjimky z konfuse.¹⁰⁸⁾ Pověstný

⁹⁹⁾ Göschel, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, II, 2. vyd. Göttingen 1843, 318 (§ 329).

¹⁰⁰⁾ L. c. 363 (§ 341).

¹⁰¹⁾ L. c. 417 (§ 364).

¹⁰²⁾ Dr. Georg Christian Burchardi, Das System und die neuere Geschichte des röm. Privatrechts. II. Stuttgart 1844, 579.

¹⁰³⁾ Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, Marburg 1851, 1027.

¹⁰⁴⁾ L. c. 1028.

¹⁰⁵⁾ Bachofen, Das römische Pfandrecht, I, Basel 1847, 86 a násl.

¹⁰⁶⁾ L. c. 540.

¹⁰⁷⁾ Johann Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Würzburg 1852, 286.

¹⁰⁸⁾ L. c. 318.

je výrok Puchta v o zástavním právu na vlastní věci. Je to pojmové monstrum. Jen slušnost a účel, který se právním jednáním zamýšlí, brání při konfusi zániku práva zástavního. Má se za to, že se vlastnictví vůbec nenabylo, a právní jednání vykládá se tak, aby zástavní právo mohlo se zachovati.¹⁰⁹⁾ Puchta chce věc tedy vysvětliti jako glossa. Také Es marchovi zástavní právo konfusi bez výjimky pomíjí. V některých případech (l. 30. § D. 44, 2; l. 17. D. 20. 4) má však za to, že kupec se chrání, jakoby zástavní právo ještě existovalo.¹¹⁰⁾ Keller zařazuje koupi zastavené věci novým kupcem, prvním nebo druhým věřitelem v kapitulu o successi v zástavní právo. Nový kupec, praví zde, vstupuje v zástavní právo věřitele, jež kupní cenou zaplatil. První věřitel, koupiv věc, podrží pořad svůj, druhý, zaplativ jej, vstupuje v prioritu jeho.¹¹¹⁾ Slova tato svědčila by pro zástavní právo. Než při konfusi uvádí Keller něco zcela jiného. Na své věci nelze mít právo zástavní. Štětne-li se zástavní věřitel s vlastníkem v jedné osobě, pomíjí zástavní právo. Ze slušnosti skytá se však přece jistá procesuální ochrana, tak jakoby právo zástavní v osobě vlastnickově nadále skutečně trvalo.¹¹²⁾ I Schmid vidí v koupi zadního věřitele a cizího kupce jen fingovanou cessi. Proti nárokům zadního věřitele chrání se však vlastník exceptione hypothecaria. Jemu přísluší na výplatu zadního věřitele „utilis hypothecaria actio“. K tomu však opravňuje i jeho vlastnictví. Hlavní pohledávky hypotekární, kterou by mohl žalovati, však nemá. Takové právo přejde i na zadního věřitele, který jej vyplácí.¹¹³⁾ Fikci pomáhá si také Wächter. S excepcemi jedná se tu tak, jako by měl vlastník právo na vlastní věci, ač nemá pohledávky proti nějakému dlužníkovi. Jeho zástavní právo je jenom fikce, která má svůj dobrý důvod. Kupec zajišťuje se proti zadním věřitelům, kteří by mu věc na základě svého zástavního práva mohli odejmouti.¹¹⁴⁾

Jiné teorie trvají na zástavním právu, přidávajice k důvo-

¹⁰⁹⁾ Puchta, Pandekten, 7. vyd., Leipzig 1853, 304, 305, pozn. 1). *Cursus der Institutionen*, II, 10. vyd., 266, 267.

¹¹⁰⁾ Es march, *Grundsätze des Pandektenrechte*, Wien 1860, 147.

¹¹¹⁾ Keller, *Pandekten*, Leipzig 1861, 456.

¹¹²⁾ L. c., 418, Leipzig 1866, 456.

¹¹³⁾ Dr. Albert Schmid, *Die Grundlehren der Cession*, I, Brunnschweig, 1863, 290 a násl.

¹¹⁴⁾ Wächter, *Pandekten*, II, Leipzig 1881, 527.

dům starým i své důvody nové. Tak podle Simona kupec zastavené věci, který kupní cenou předního zástavního věřitele vyrovnal, vylučuje zadní věřitele na základě svého vlastního práva anebo na základě práva zástavního, kterého s koupenou věcí nabyt. V mnohých případech pak zástavní právo trvá, aniž by tu byla nějaká pohledávka. Jinými slovy: je tu zástavní místo k ochraně proti zadním věřitelům, ale žádné zástavní právo k pojištění nějaké ještě existující pohledávky. Jeť přednostní věřitel i dlužník vyrovnán. Protože však kupec zaujal zástavu svým místem v obsahu zaplaceného věřitele, tedy jen částí zastavené věci, může proti němu „ius offerendi“ od zadních věřitelů býti vykonáno.¹¹⁵⁾ Ve Weiskově právním slovníku též se tvrdí, že první věřitel a zadní věřitel, který kupní cenou prvního zaplatí, mají z důvodu slušnosti vůči zadním věřitelům ve formě excepce právo zástavní.¹¹⁶⁾

Windscheid vidí v pramenech, že uznávají zástavní právo na vlastní věci. Přechází-li zástavní právo na vlastníka, stává se zástavním právem vázaným. Brání druhým zástavním věřitelům, aby si část hodnoty věci přivlastnili. Význam jeho jest tedy pouze negativní, ne pozitivní.¹¹⁷⁾ K Windscheidovi připojuje se také Bar.¹¹⁸⁾ Arndts pokládá za přiměřené, aby se zachovaly vlastníkovi proti zadním věřitelům tyto výhody, které mu skytá jeho právo zástavní, nikoli jeho vlastnictví. Slušnosti odporuje, aby vlastník, nabýváje vlastnictví, pozbýval své přednosti proti věřitelům zadním. Arndts odmítá náhled těch, kdož ochranu vlastníka vážou na jeho nevědomost o právech zástavních v době, kdy vlastnictví nabývá. Takového obmezení prameny neznají. Proti Puchtovi uvádí, že monstrosní pojem práva zástavního na vlastní věci je méně odsouzení hodný, než aby se jen proto neuznávalo pravidlo přiměřené, pojmu práva odporující

¹¹⁵⁾ Archiv für die civilistische Praxis, 41. sv. (1858), Gustav Simon, Über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle, als solcher, in Bezug auf nachstehende, an demselben Objekte haftende Pfandrechte, 56 a násl.

¹¹⁶⁾ Weiske, Rechtslexikon, 8., Leipzig 1854, str. 15.

¹¹⁷⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Düsseldorf 1862, 655-657.

¹¹⁸⁾ Archiv für die civil. Praxis, 53, (1870) 376, v. Bar, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte.

a vskutku důsledné, že musí se lpěti na logické konstrukci.¹¹⁹⁾ Brinz vidí v prvních případech (l. 30. § 1. D. 44, 2; l. 1 C. 8. 19) konkurenci hypotekární sukcese se zástavním právem na vlastní věci.¹²⁰⁾ Baronovi jsou všechny případy pramenů výjimkami z pravidla, že zástavní právo konfusí zaniká. Právo zástavní nezjednává tu žádné jistoty, ale brání vzestupu zadního věřitele. Tomuto zbývá právo na hyperochu a „ius offerendi“. Výjimky ty odůvodňuje slušnost.¹²¹⁾

Při ochraně vlastníka proti zadním věřitelům kladou časem někteří spisovatelé důraz na jeho vlastnictví. Tak i Dernburg. Podle něho získává vlastnické právo cizího kupce nebo zadního věřitele stejného postavení jako zaniklé právo zástavní. Je-li vlastník v držbě, má proti zadním věřitelům ku své ochraně obranu. Není-li v držbě, zjednává si ji proti zadním věřitelům vindikací a na obranu zástavního práva replikuje, že uspokojil předního hypotekáře.¹²²⁾ Koupí-li první věřitel věc od dlužníka, zaniká právo zástavní. Ze slušnosti není však tento zánik na prospěch zadním věřitelům. Primus má se proti nim, jakoby jeho právo ještě existovalo. Než i tito mají postavení, jako by nabytého vlastnického práva ani nebylo.¹²³⁾ Dle Paulova místa zástavní právo zaniklo. Vlastníkovi dává se však ještě „actio hypothecaria“, ježto jsou tu posavad její formální podmínky. Nestalo se „satisfactio“.¹²⁴⁾ Podle Dernburga je fundamentálním základem práva římského, že zástavní právo na vlastní věci není možné. Moderní právo je sice vytvořilo, ale právě jako pitvoru práva římského, nikoli jako jeho postupný výtvor.¹²⁵⁾

Ještě více akcentuje právo vlastnické Bremer. Vlastník má neobmezené právo vlastnické, aby věci užil nebo ji zpeněžil. Obojí právo může obmeziti. Své právo na užitek věci služebností, své právo na zpeněžení věci právem zástavním. Dvojí může býti

¹¹⁹⁾ Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. vyd. Stuttgart, 1889, § 389, text a pozn. 2.

¹²⁰⁾ Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. vyd. Erlangen 1882, 865.

¹²¹⁾ Baron, Pandekten, 8. vyd. Leipzig 1863, 353, § 207.

¹²²⁾ Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864 2, sv. 515.

¹²³⁾ L. c. 526.

¹²⁴⁾ L. c. 573. Viz též Paulus Jaekel, De successione hypothecaria. Dissert. inaug. juridica. Wratislaviae 1868, 19 a násled.

¹²⁵⁾ Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 700, 701.

postavení práv k jeho obmezenému právu. Buď mu mohou následovati nebo jemu předcházeti. Následují-li za ním, může ten, kdo má služebnost, vykonávat ji, neruše předchozího vlastníka. Kdo má zástavní právo, nemůže překážeti vlastníkovu, aby před ním na hodnotu věci nárok činil. Právo vlastnicko není žádné formální-právo disposiční, je to vlastnické právo samo. Vsáhá-li vykonavatel služebnosti do jeho předchozího práva na užití věci, vystupuje proti němu žalobou negatorní. Vsáhá-li do jeho práva na hodnotu věci zadní věřitel, musí i jemu jakási obdobná žaloba negatorní příslušet. Totéž právo, které má zadní věřitel proti prvnímu, má i proti vlastníkovu. Vykoná-li „ius offerendi“, je mu pak věc svou plnou hodnotou zastavena.¹²⁶⁾

Právní styk a slušnost žádají, aby se kupec zástavy chránil proti pozdějším věřitelům. Podružný význam má, jak řeší věc Hofmann, zda se právo vlastnicko zove právem zástavním. Toto zástavní právo má jen význam negativní. Má se jím jen jiný vyloučiti, aby si hodnotu věci nepřivlastnil. Lhostejno je, zda se zove podle Dernburga právem vlastnickým, jež má postavení zaniklého práva zástavního, nebo podle Bremra, předním právem vlastnickým.¹²⁷⁾

V Paulově místě vidí i Ihering skutečné právo zástavní. Zástavní právo a vlastnictví nekryje se zde plně. Jsou zde vedle zástavního věřitele, vlastníka, ještě jiní zástavní věřitelé. Mohou proti němu vykonati „ius offerendi“. Což on proti nim nikoli? Což prodá-li věc s výhradou práva zástavního, má míti i jeho nástupce, nikoli právo zástavní, nýbrž zase jen žalobu zástavní? Takový nešťastný náhled nemohl jistě ani Paulus míti. Jinak připouští však Ihering i jisté právní poměry bez subjektu. Každé právo slouží subjektu ku jistému jeho účelu. Není-li přechodně tohoto subjektu, může právní určení věci prozatím potrvati. Je to podle Iheringovy teorie t. zv. pasivní účinek práv.¹²⁸⁾

Duchaplným způsobem vysvětluje Paulovo místo Buchka. Vlastník nemůže držbu věci uchovati proti zástavním věřitelům. Musí jim věc vydati. Právo jejich je tedy silnější než jeho právo.

¹²⁶⁾ Bremer, Hypothek u. Grundschuld, Göttingen 1869, 50-53.

¹²⁷⁾ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts, X (1869), 377 Hofmann, Zur Theorie des Pfandrechts.

¹²⁸⁾ Iherings Jahrbücher, X (1871), 452 a. násl. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

Právo toto není ve vlastnictví obsaženo. Splyne-li proto vlastnictví s právem zástavním, nezaniká předchozímu zástavnímu věřiteli moc, aby držbu zástavy zadním věřitelům odňal. Vlastníku zůstává tedy „ius possidendi“ na základě jeho zástavního práva.¹²⁹⁾ Právo zástavní jest jednotné právo, od něhož se někdy jednotlivé účinky mohou odpojití a samostatnými právy státi. Mohou-li se ještě některá práva „iure pignoris“ vykonávati, nezašlo zástavní právo vůbec. Plnému výkonu vadí snad konfuse, ale jakmile tato cessi pomine, má cessionář všechny své zástavní výhody.¹³⁰⁾ Pro prvního věřitele jako kupce vymýšlí nemožnou konstrukci „Datione in solutum“ dostala prý se „pignora“ na srážku pohledávky jiné než zástavní.¹³¹⁾ I na zástavní pohledávku lze je počítati, když „datio in solutum“ evikci zadního věřitele se zvrhne a dřívější zástavní pohledávka zase se uplatňovati může.¹³²⁾ Koupí-li zástavní věřitel a započítá-li kupní cenu na zástavní pohledávku, zanikne jeho právo zástavní. I musí věřitelům zadním ustoupiti.¹³³⁾ Koupí-li druhý věřitel anebo cizí osoba a zaplatí-li z kupní ceny věřitele prvního, nepřevádí se žádné zástavní právo, nýbrž jen protínárok za náklad na věc (zaplacení předního věřitele). Stojí-li v l. 3. C. 8, 18 „in ius eorum successisti“, třeba to bráti jen v praktickém smyslu.¹³⁴⁾

Algebraickou formulkou chce M u t h e r v kritice Buchkova spisu vystihnouti význam konfuse. Označí-li se zástavní právo jako „a“, lze si mysliti zastavenou věc jako „r—a“. Žíská-li věřitel vlastnictví, má „a + r—a“, což má za následek zánik „a“. Je-li na věci ještě další právo zástavní, nedá se to naznačiti

¹²⁹⁾ B u c h k a, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Rostock u. Ludviglust, 1875, 16 a násl. Viz k tomu: Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47 (recense od Th. Muthra), Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswiss. 18., 104 a násl. (recense od Regelsbergra).

¹³⁰⁾ L. c. 26.

¹³¹⁾ L. c. 32. — Náhled tento je očividně nesprávný. L. 1. C. si antiquered. 8, 19, vztahuje se na pohledávku zástavní (pignora in solutum). — Příklad se rovná prodeji osobě druhé (quam si aliis easdem res debitor vendidisset). Nelze také porozuměti, jakého prospěchu by došel přední zástavní věřitel, kdyby zadluženou zástavu převzal datione in solutum na nějakou jinou pohledávku. Jak by se provedlo súčtování? — Viz též H a r t m a n n, Rechte an eigener Sache, 47.

¹³²⁾ Viz l. c. 34 pozn. 5, kde dovolává se l. 46 pr. D. de solut. 46. 3.

¹³³⁾ L. c. 85.

¹³⁴⁾ L. 44 a násl.

formulkou „ $r - a - b$ “ nebo „ $r - (a + b)$ “, poněvadž „ b “ nebylo vedle nebo společně s „ a “, nýbrž teprv po „ a “ vlastnictví „ r “ obmezuje. Nabude-li tedy věřitel „ a “ to „ r “, nemá „ $a + r - a - b$ “, nýbrž „ $a + r - (a, \text{ za němž následuje } b)$ “.¹³⁵⁾

Zástavní právo na vlastní věci připouští Bekker,¹³⁶⁾ Schott,¹³⁷⁾ a Goldschmidt.¹³⁸⁾ Hypoteka vlastnickova, jak tento vykládá, jest pouze část vlastnictví, která se ze zabavení vylučuje.¹³⁹⁾ Hartmann vidí v Paulově místě skutečné zástavní právo. Paulus nešel do jádra věci. Zůstal z pohodlí při zevní formule hypotekární žaloby.¹⁴⁰⁾ Koupí-li první věřitel, pomíjí osobní závazek dlužníka. Proti zadním věřitelům je ještě zástavní mocí sankcionováno staré debitum. Jeví se i v successi zadního věřitele v toto debitum, vykoná-li proti vlastníkovu „ius offerendi“.¹⁴¹⁾ Stejně rozhoduje pochybnosti, koupí-li osoba třetí.¹⁴²⁾ Též Roth přidává se k těm, kdož vidí u vlastníka skutečné zástavní právo. Z práv, které mu prameny skytají, dá se souditi, že zástavní právo pro jeho osobu nadále trvá.¹⁴³⁾ Kuhlmann konstruuje právo zástavní jako věcné právo k prodeji (dingliches Verkaufsrecht). Spojí-li se vlastnictví se zástavním právem na věci, kteráž ještě pozdějšími zástavními právy jest zatížena, nabývá vlastník jen obmezeného práva k prodeji. Nemůže volně zcizovati jako vlastník. Nepí tedy žádného důvodu ke konfusi. Z toho tedy všeobecně již plyne, že se vlastnictví se zástavním právem docela dobře snáší.¹⁴⁴⁾ V Paulově místě stejně s Büchlem a Bachofnem vztahuje „pignus“ pouze na ruční zástavu. Ruční

¹³⁵⁾ Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47, 819.

¹³⁶⁾ Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1873, II, 370, 371.

¹³⁷⁾ Iherings Jahrbücher, 15 (1877), 31, H. Schott, Über die accessorige Natur des Pfandrechts.

¹³⁸⁾ Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 5.

¹³⁹⁾ L. 37.

¹⁴⁰⁾ Dr. Gustav Hartmann, Rechte an eigener Sache. Freiburg 1877, (Universitätschrift), 48 a násl.

¹⁴¹⁾ L. c. 50.

¹⁴²⁾ L. c. 52.

¹⁴³⁾ Archiv f. d. civil. Praxis, 62, 119. Roth, Die hypot. Succession und die Eigenthümer-Hypothek.

¹⁴⁴⁾ Hugo Kuhlmann, Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Leipzig 1881, 33.

zástava zjednává však takové panství jako vlastnictví. Bylo by nesmyslné, aby se činil tozdl mezi držbou „ad pignoris“ a „ad dominii causam“. Ruční zástava na vlastní věci není tedy možná.¹⁴⁵⁾ Prvnímu věřiteli jako kupci přisuzuje Kuhlmann právo zástavní na vlastní věci. Význam jeho leží v právu zadních věřitelů, jichž právo na prodej nepomíjí. Vlastníkovi se však zachovává právo zástavní, aby mohl prodej znemožniti.¹⁴⁶⁾ Koupí-li druhý věřitel nebo osoba třetí, nabývá práva zástavního na věci vlastní.¹⁴⁷⁾ Ukazuje to již Hartmann, pravě, že obmezená práva věcná nedají se definovati jako práva na věci cizí a také S o h m, že akcessorita k podstatě práva zástavního nenáleží.¹⁴⁸⁾

Dle W e n d t a mluví se o zástavním právu na vlastní věci v těch případech, kde věc je vícekrát zastavena. Zanikne-li lepší právo zástavní konfusi s vlastnictvím, nemá se tím právo zástavní zadních věřitelů polepšiti, aby, vykonávajíce své právo zástavní, poškodili vlastnictví. Ani „actio hypothecaria“, ani exceptio rei pigneratiliae“ nemá jim býti povolena. Ale vlastník chrání se proti takovým nárokům excepce a replikou. Tento nárok má ze slušnosti, třeba by jeho lepší právo zástavní již neexistovalo, zaniknuvši konfusi.¹⁴⁹⁾ Pro zástavu na vlastní věci jest N a b e r. Vedlo by to k nespravedlivosti, kdyby se sloučení vlastnictví a zástavního práva v jedné osobě nepřipouštělo. V Paulově místě za definicí „pignus perseverare (non posse) domino constituto creditore“ následuje: „actio tamen pigneratilia competit“. Ze slov těch je zřejmo, že nemínila se věc definicí rozhodnouti.¹⁵⁰⁾ Probíraje všechna místa pramenů, hájí z nich zástavní právo na vlastní věci také W i e s s n e r.¹⁵¹⁾ G r u n d m a n n vidí ve všech případech pramenů skutečné právo zástavní. Prameny připouštějí je ze slušnosti a účelnosti. Odporovalo to sice základním zásadám práva věcného, totalitě vlastnictví a akcesoritě práva zástavního. V lidovém právním vědomí zakořeněno

¹⁴⁵⁾ L. c. 43—51.

¹⁴⁶⁾ L. c. 51—52.

¹⁴⁷⁾ L. c. 64 a násl.

¹⁴⁸⁾ L. c. 82.

¹⁴⁹⁾ Dr. Otto W e n d t, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, 429.

¹⁵⁰⁾ Mnemosyna. Nova series, 18 [1890], 396. J. C. Naber, Observatiunculæ de iure romano.

¹⁵¹⁾ Dr. jur. Alfred W i e s s n e r, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Rechte. Breslau 1893, 3 a násl.

bylo pravidlo „*pignus rei suae consistere no potest*“. Než ať Římané mnoho viseli na svých právních příslovích, musili z nich přece výjimky připustiti.¹⁵²⁾

Z francouzských právníků Girard drží se Dernburga. Aspoň považuje za lepší system, který připouští *sukcessi* v pořad, než system se *sukcessi* v hypotéku.¹⁵³⁾ Z polských právníků Zoll připojuje se k výkladu Dernburgovu o postavení zadního věřitele a posiluje jej ještě interpretací Paulova místa. Zadní věřitel nemá právo na prodej pokud první není spokojen. Vlastník tomuto jeho právu až do svého úplného zaplacení odporuje. Tak řečené právo na vlastní věci je tedy obmezení zadního věřitele, aby nevykonal právo věřitele prvního.¹⁵⁴⁾ Z českých právníků Heyrovský má za to, že zástavní právo konfusi pomíjí. Obživne však zase, vykoná-li jeden ze zadních věřitelů proti vlastníku „*ius offerendi*“. Vlastník sám má proti zadnímu věřiteli postavení věřitele předního. Nevzdal se práva zástavního, když se s vlastnictvím střetlo.¹⁵⁵⁾

I některá rozhodnutí z poslední doby platnosti práva římského lze uvést. Tak rozhodla nejvyšší apelační rada v Darmštadě (3./9. 1830) podle Paulova místa pro zástavní právo.¹⁵⁶⁾ Proti němu při koupi prvního věřitele vyslovil se apelační soud v Celle (30./6. 1873).¹⁵⁷⁾

¹⁵²⁾ Otto Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaugural-Dissertation. Borna Leipzig 1904, 17, 33, 34.

¹⁵³⁾ Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire du droit romain. Paris 1911, 735.

¹⁵⁴⁾ Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń wydziału historyczno-filozoficznego Akademii umiejętności w Krakowie, XIII [1881], 351. Dr. Fryderyk Zoll, O prawie na rzeczy własnej (*ius in re proprie*) ze stanowiska prawa rzymskiego.

¹⁵⁵⁾ Dr. Leopold Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského. V Praze 1910, 510.

¹⁵⁶⁾ J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 13 č. 310. Otec prodal synovi dům s tím, že zaplatí hypotekární dluhy. Smlouva o koupi domu se zrušila a jmění prodáváče přišlo do konkursu. Nejvyšší soud přisuzuje synovi zaplacené dluhy v pořadí vyrovnaných věřitelů.

¹⁵⁷⁾ Seuffert's Archiv, 28 č. 110. Věřitel převzal *datiōne in solutum* na srážku hypotekárních dluhů dům, na němž v 1. pořadí byla jeho pohledávka. Dům tento prodal zase se stejným závazkem 3. osobě. Když tato upadla

Všechny tyto náhledy přinesly každý svou hřivnu, aby se podstata věci poznala. Ti snad přiblížili se jí nejvíce, kdo confusi nedávali zástavnímu právu zaniknouti, byla-li věc stížena ještě jinými zástavními právy. Třeba k tomu dodati ještě několik slov. Týkají se samého pojmu zástavního práva. Romanističky skýtá věřiteli právo, aby svou pohledávku z kupní ceny věci uhradil. V jiné části naší studie bude o tomto pojmu pověděno více. Právo zástavní vybírá tu z vlastnictví jednu jeho moc: disposici prodejem. Při vlastnictví jde tato moc na celou kupní cenu, při zástavním právu jen na část, která zástavní pohledávce odpovídá. Tato pohledávka může ji však také vyčerpávati anebo dokonce převyšovati. Je-li zde jen jediný zástavní věřitel a splyne-li právo jeho s právem vlastnickým, zanikne. Postoupí-li však věřitel před tím část své pohledávky někomu jinému, takže jsou zde dva věřitelé, nemůže již confuse míti těchto účinků. Právo na prodej mají pak věřitelé dva. Jsou v příčině něho podílníci. Splyne-li právo jednoho podílníka s vlastnictvím, nepovstalo žádné vyrovnání, žádné odečtení. Právo obou dvou podílníků bylo by se skrylo plně s vlastnictvím. Splynutí pouze jednoho práva s vlastnictvím nechává právo druhého podílníka při plné jeho síle, ba skytlo by mu i právo silnější, kdyby splynutí přednějšího zástavního práva s vlastnictvím způsobilo zánik tohoto přednějšího práva. Prameny jsou si toho při podílnictví ve vlastnictví plně vědomy. Splyne-li služebnost se spoluvlastnictvím, trvá služebnost dále (L. 8, § 1. D. 8, 1.; L. 30, § 1. D. 8. 2).¹⁵⁸⁾ Obrátme to nyní a myslíme si, že někdo společně s jinými má ususfructus. Jeden z těchto podílníků ususfructu stane se vlastníkem. Ususfructus nezaniká. Trvá dále pro ostatní podílníky, ale také pro vlastníka-podílníka. Byl-li výkon ususfructu někomu úplatně postoupen, bere podílník, který se stal vlastníkem, svůj podíl z úplaty jako usufruktuár, nikoli však jako vlastník. Právem bylo proto na to ukázáno, že při confusi třeba hleděti ku jejímu významu materiálnímu, ne formálnímu.¹⁵⁹⁾ Toho dotčeno v konkurs, přisuzuje při likvidaci nejv. soud zadnímu věřiteli jeho pohledávku před pohledávkou v 1. pořadí. Tato prý zanikla.

¹⁵⁸⁾ Felix Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, 6. Heyrovský, Dějiny a system soukromého práva římského, 1908, 491.

¹⁵⁹⁾ Dr. Paul Kretschmar, Die Theorie der Confusio, Leipzig 1899, 53.

bylo i v Basilikách.¹⁶⁰⁾ Vlastnictví musí absorbovati právo, s nímž splynulo. Toho není při podílnictví v usufruktu a také nikoli při několikerém zastavení jedné a téže věci. Je-li stížena věc více zástavními právy a vlastnictví splyne s jedním z nich, nemůže býti řeči o žádné absorpci. Všichni zástavní věřitelé tvoří tu jednotu. Vykoná-li se zástavní právo jedním, vykoná se pro všechny. Stanou-li se všichni zástavní věřitelé vlastníky, tu logicky přirozeně zanikne jejich právo, poněvadž nemohou jako vlastníci míti je proti sobě.¹⁶¹⁾

Některé z předpisů římského práva přešly i do moderních zákonů, tak do code Napoleon¹⁶²⁾ a do občanského zákoníka italského z r. 1865.¹⁶³⁾ Ohlas nauky glossatorů o odvolatelném vlastnictví zaznívá nám ještě z pruského Landrechtu.¹⁶⁴⁾

II.

Vlastníková hypoteka německá.

§ 3. Vznik na různých místech.

Římská hypoteka vlastníková zdála se býti anomálií a právnícký důvtip po staletí snažil se ji vyrovnati. Někteří viděli v ní nedůslednost, již slušností chtěli odůvodniti. Při německé vlastnickově hypotece nemohou takové pochyby vůbec vzejíti. Zjev její jest důsledný projev principu, z něhož moderní právo hypoteční vyšlo. Základem jeho jest zápis v pozemkové knize, jemuž odpovídá úřední příkaz kvoty nejvyššího podání podle zápisu.

¹⁶⁰⁾ Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae edidit Zacharias a Lingental, p. 113. (Steph. index l. 5, l. § 1 non etiam dominus, quia, dum proprietates penes eum est, non potest separatim usufructum habere, potissimum quidem quia obtegatur amplitudine dominii.) Kretschmar, 58.

¹⁶¹⁾ O absorpci lze mluviti, vyskytne-li se konfuse v osobě hlavního dlužníka a věřitele, nikoli však v osobě rukojmího a věřitele. Viz k tomu Archivio giuridico, 48, str. 147. Brunetti, La legge 21 § 5 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus, XLVI, 1.

¹⁶²⁾ Art. 1251: La subrogation a lieu de plein droit . . . 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

¹⁶³⁾ Art. 1253 stejného znění jako art. 1251 code civile.

¹⁶⁴⁾ P. L. R. I, 16 § 482: Auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache, oder der Berichtigte das Eigenthum der verpflichteten Sache aus einem unwiderrufflichen Rechtsgrunde überkommt.

vého pořadu. V jedné věci podobá se římské hypotece vlastníkovi. Brání vzestupu zadních věřitelů. Než i v této své podobě liší se od ní. Římská hypoteka vlastníkova právě vznikla, aby tento vzestup zamezila. Vyloučený vzestup je důvod její existence. U německé vlastnickovy hypoteky je toto vyloučení její pouhý následek. Vlastníkova hypoteka tu je, i když žádných zadních věřitelů není. Jsou-li, vylučuje jejich vzestup, poněvadž právě pro její existenci nemohou vzestoupiti. V druhém díle této práce bude pojednáno o tom, že německá vlastníkova hypoteka vyšla z pravidelného vývoje práva hypotečního. Zde budiž v hrubých rysech jen naznačeno, jak k ní došlo.

Je příznačno, že vlastníkova hypoteka vzniká souběžně a téměř současně na různých místech. Bez nějaké vzájemné spojitosti. Na jihu i na severu. Nejdříve v Prusku. Jeho zemské právo z r. 1620 a také jeho revise z r. 1685 stanoví, že nemovitosti (*res soli*) toliko zápisem do soudních nebo úředních knih mohou býti zastaveny.¹⁾ Ale jinak podléhá ještě vlivům římským.²⁾ Stejně hypoteční a konkursní řád ze dne 19. ledna 1725³⁾ pro Prusko a hypoteční řád ze dne 4. srpna 1750 pro Slezsko.⁴⁾ Než třeba by se obsahem trvalo na principu římském, forma zástavního práva byla jiná, a forma tato časem vyplnila i obsah jeho jinak. Akcessorita práva zástavního nemohla se dobře srovnati se zápisem, který trval, pokud se nevymazal. K tomu podle hypotečního řádu pruského ze dne 10. prosince 1783 byl oprávněn pouze věřitel, jenž *ingrossovaný* list ve svých rukou měl. Maje v rukou tento list, mohl pohledávkou disponovati. Tuto disposici měl i vlastník, který pohledávky nabyt, i věřitel, který stal se vlastníkem. Z názoru o akcessoritě zástavního práva vyšel také v pruském Landrechtu (LR) I, 16, § 482 o *confusi* a I, 20 § 520 o zániku věcného práva věřitelova, zanikl-li jeho nárok. Než do skutečného výmazu, který I, 20, § 521 také dlužníkovi propouští, zástavní právo formálně trvá, a zánik jeho nelze dle I, 20, § 522

¹⁾ *Ius provinciale ducatus Prussiae* (1620), kn. 4. tit. V art. V, art. VIII jedná též „*de his qui in priorum creditorum locum succedunt*“. Viz dále *Curfürstlich Brandenburgisches revidirtes Landrecht des Herzothumbs Preussen* gedruckt 1683, 4. kn., tit. V, art. V, § 1.

²⁾ L. c. art. VIII o hypot. sukcessi, 5. kn., tit. VIII, art. II § 2 o povinnosti dědicově, aby vyvadil odkázanou zástavu.

³⁾ *Meibom, Deutsches Hypothekenrecht*, VIII/1, 8, 9.

⁴⁾ L. c. 13, 15.

proti třetím osobám namítati, mohly-li pozemkové knize důvěřovati.

Formálního zápisu chopila se již před vydáním pruského LR prakse a docela i se svolením vyšších úřadů postupovaly se položky již zaplacené, ale dosud nevymazané, na jiné osoby.⁵⁾ Prakse dala i podnět k úpravě zákonodárné. V jednom poručenském případě bylo sporno, zda hypoteka, která dědictvím neb jiným právním aktem přejde na vlastníka, zaniká anebo zda může ji vlastník přes to, že je též dlužníkem, dále postoupiti. Dobrozdání zákonodárné komise, které za tím účelem bylo vyžádáno, rozhodlo, že zástavní právo zaniká na návrh držitele hypoteky pouze výmazem v knize hypoteční. Splyne-li s vlastnictvím, však nezaniká a vlastník může nevymazané právo zástavní platně někomu jinému dále postoupiti. Různé úvahy tanuly tu zákonodárné komisi na mysli. I v obecném právu povoluje se restituce při konfusi v těch případech, kde by materiální škodu způsobila. Tato římská nauka o konfusi přešla do pruského LR se stejným smyslem. Při zástavních listech, které taktéž hypotekární pohledávky jsou, může býti vlastník hypoteky také vlastníkem zástavního listu. Svéráz zřízení hypotekárního nedává zadním věřitelům právo na vzestup. Vlastníkovi třeba tudíž poskytnouti ochranu. Zákonodárná komise viděla ji v dalším trvání hypoteky i po konfusi. Vlastník je i nadále „creditor hypothecarius cum iure praelationis“. Hypoteka je mu důvodem, aby uprázdněným hypotečním místem nakládal a na ně úvěr si zjednal. Dobrozdání zákonodárné komise potvrzeno bylo královským reskriptem ze dne 11. srpna 1802 a připojeno jako § 52 dodatkem k LR, I, 16, § 484.⁶⁾ Příklad týkal se tedy jen konfuse. Brzo vzešla pochybnost, zda lze předpisu o konfusi použití, zaplatí-li vlastník pozemku pohledávku, na něm zjištěnou. Otázka předložena státní radě. Zde mínění se rozcházel. Také soudy nebyly jednotné. V západních Prusích a Pomořanech soudy připouštěly postupy

⁵⁾ Archiv für die civilistische Praxis 62 (1879), 181, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, Förster-Eccius, I. c. 446, 447, 600.

⁶⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preussens, III, 3. vyd. 1904, 643, Bruck, Die Eigenthümerhypothek, Jena 1903, 88. Förster-Eccius, Preuss. Privatr. III, 6. vyd. 1892, 599. Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 288. Dr. W. Bornemann, Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, IV, Berlin 1836, 393 a násl.

zaplacených pohledávek. Soud královský se však vyslovil proti tomu. V státní radě rozhodla úvaha, že zadním věřitelům by připadl prospěch, na který nemají nároku a s kterým nemohou počítati. Z dobrozdání státní rady, které podepsal také romanista Savigny a germanista Eichhorn⁷⁾, vyšla deklarace ze dne 3. dubna 1824 k § 52. Vlastník hypoteky, který hypotekární pohledávku zaplatí, nabývá všech práv cessionáře této pohledávky, ať o zaplacení cesse nebo kvitance byla vydána, ježto kvitance i cessi v sobě zahrnuje.⁸⁾

Trojice severoněmeckých přímořských měst Hamburk, Břemě a Lubek přišla již záhy k samostatným formám pozdější německé vlastníkovy hypoteky. V Hamburku připouští již na počátku 19. stol. praxe, aby vlastník pozemku zaplacenou pohledávku na sebe převedl a tak vzestup zadních věřitelů zabránil.⁹⁾ V Břeměch zastavují se nemovitosti podle handfestního řádu ze dne 19. prosince 1833 a jeho revise ze dne 30. července 1860 odevzdáním zástavních listů, hand-

⁷⁾ Gruchot, Beiträge. 48, 498 Eccius v posudku spisu „Bruck, Die Eigenthümerhypothek“, Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, III, 6, vyd., 600. pozn. 18.

⁸⁾ Anhang § 52: „Hypothekenrechte werden nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin, ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten.“ Deklaration des § 52 des Antr. v. 3. April 1824 (G. S. S. 77): „Wir ect. Da sich bei den Gerichten Zweifel darüber erhoben haben, ob die im § 52 des Anhanges zu dem A. L. R. für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person gegebene Vorschrift auch dann Anwendung finde, wenn von dem Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt ist; so wollen Wir, auf den deshalb gemachten Antrag Unseres Justizministers und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths jene Vorschrift dahin deklariren: dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt, und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek geniessen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die blosse Quittung so ausgelet werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.“

⁹⁾ Bruck, 26, Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, Berlin 1869, 376.

festů. Zapisovati jich netřeba, ač je to možno. Zánik práva handfestního řídí se však právem římským.¹⁰⁾ V Lubeku podle městského knihovního řádu ze dne 6. června 1818 a v městském obvodu podle hypotečního řádu ze dne 22. března 1820 zaniká hypotekární pohledávka konfusi. Hypotekární dlužník může však v městě do tří měsíců, v ostatním okrsku do šesti měsíců po úplném neb částečném zániku pohledávky na její místo stejnou nebo menší pohledávku dáti zapsati. Neučiní-li tak, postupují zadní věřitelé do předu.¹¹⁾

Šlesvík a Holštýn zná již docela i pevná místa. Výmazy v protokolových knihách mohou se tu podle nařízení ze dne 26. prosince 1796 díti dvojím způsobem, buď před čarou (vor der Linie, ad marginem) nebo za čarou (hinter die Linie). Při prvním výmazu lze zapsati na prázdné místo do výše staré pohledávky pohledávku novou. Právo toto přešlo i do pozdějšího zákonodárství holštýnského.¹²⁾

V Meklenburku nutí městský řád knihovní ze dne 22. prosince 1829 věřitele, aby svému dlužníkovi při zaplacení pohledávky vydal na jiného věřitele *cessi in bianco*.¹³⁾ Revidovaný hypoteční řád pro statky venkovské ze dne 18. října 1848 zřídil z hypotečního papíru samostatné věcné právo (selbständige dingliche Belastung). Osobní závazek může býti smluven, ale není jeho podmínkou. Pozdější vlastník jako takový není osobně zavázán. Vlastník může pro sebe a na své jméno hypoteku dáti zapsati a zapsanou cizí hypoteku postupem přejímati a na sebe přepsati dáti. Úroky takových položek běží teprve od té doby, kdy nemovitost nebo pohledávka na jinou osobu se převede. Pozdější předpisy počítají i působnost těchto aktů teprve od tohoto okamžiku. Položka vlastnickova nenáleží ani do konkursu ani do rozvrhu při dražbě.¹⁴⁾ Zákonodárství meklenburské zná také otevřené folium (Offenhalten des Foliums) pro příští pohledávku při zápise nového nebo výmazu starého práva zástavního.

¹⁰⁾ Bruck, 33, Mascher, 391/12, 393/18, 394/25.

¹¹⁾ Bruck, 22, Mascher, 400, 405.

¹²⁾ Mascher, 184, A. C. P., 62, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, 126.

¹³⁾ Mascher, 324, Bruck, 38, 39.

¹⁴⁾ Mascher, 340, Bruck, 40, Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, II, 128, 150—154.

Při zápisu nového práva zástavního se předchozí otevřené folium pro budoucí pohledávku určité výše vyhrazuje.¹⁵⁾ Při výmazu zástavního práva starého musí vlastník dřívější místo vyhraditi. Podle pozdějšího zákonodárství mohl tak učiniti i když si otevřeného folia ani nevyhradil. Teprve nový vlastník byl z tohoto práva vyloučen.¹⁶⁾ O každém hypotečním zápisu vydával se hypoteční list, v němž uveden byl statek, zapsané zavazení, obnos a jméno oprávněného, výše úroková, den zápisu a suma předchozí nebo současně zapsaná.

V Sasku vyšel hypoteční zákon ze dne 6. listopadu 1843 z formy prakse. Vlastníkovi hypoteky lze nabytí cessí anebo konsolidací. Kdo uspokojí zástavního věřitele, může od něho místo kvittance cessí žádati, pohledávku v knihách na sebe přepsati, dáti a dále ji postoupiti. Totéž právo má, kdo zapsanou pohledávku jiným způsobem než cessí nebo konsolidací získá. Kvota, na vlastníka vypadající, nepřipadá mu však ani v konkursu ani při rozvrhu dražebního výtěžku. Je-li v knihách hypotečních poznamenáno, že pohledávka má býti ve lhůtách splacena a zástavní právo za ně vymazáno, zaniká hypoteka za každou zaplacenou lhůtu a nemůže býti vlastníkem nabyta.¹⁷⁾ Saský občanský zákoník z r. 1863. tyto předpisy s malými změnami recipoval. Zaplatí-li vlastník pohledávku, nepotřebuje však cesse, aby ji nabyt. Aby ji dále mohl postoupiti, převede ji zprvu na sebe. Tím rovná se pohledávce, které nabývá konsolidací. Pohledávka, která se platí po lhůtách a při každé lhůtě vymazává, převádí se na vlastníka až po poslední lhůtě.¹⁸⁾

¹⁵⁾ Meibom, II, 138.

¹⁶⁾ Meibom, II, 266, Viz k tomu A C P, 62, Roth 127, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gestzbuches für das deutsche Reich. III, 736.

¹⁷⁾ Gesetz für das Königreich Sachsen die Grund- und Hypothekenbücher sowie das Hypothekenwesen betreffend vom 6. November 1848, §§ 117, 118 (Cession an den Besitzer des Grundstücks), §§ 119—121 (Consolidation). Viz též pro Sasko-Altenburg zákon ze dne 13. října 1852, Mascher, 274, Haubold, Lehrbuch des königlich-sächsischen Privatrechts, I. Leipzig 1847, 305, 306.

¹⁸⁾ § 442: Befriedigt der Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes den hypothekarischen Gläubiger, so kann er, selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, dass die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen im Hypothekenbuche umgeschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 443: Auch in anderen Fällen, wo sich das Eigenthum des ver-

Ne dosti přesnou formulaci pro vlastnickovu hypoteku přijalo právo bavorské. Dle § 84 hypotečního zákona ze dne 1. června 1822 může dlužník pořad (Rang) zaniklé, ale nevymazané pohledávky někomu jinému, nikoliv však pro větší sumu poskytnouti. Dále může dle § 150 téhož zákona při některé pohledávce právo si vyhraditi, že před touto pohledávkou jiné pohledávce pořad poskytne anebo může některé pohledávce jen druhou hypoteku přiznati. Zápis vyhrazené hypoteky třeba však pod zvláštním číslem, vytykajíc její sumu, zaznamenati, její přednost vysloviti a v poslední rubrice poznamenati, že stala výhrada, aby věřitel se mohl označiti. Jeho jméno запиše se pak na příslušném místě spolu s právním titulem pohledávky.¹⁹⁾ Jak zejména z nutnosti zápisu vyhrazené hypoteky pod zvláštním číslem dle § 150 plyne,²⁰⁾ míní se pod slovem pořad (Rang)

pfändeten Grundstückes und die eingetragene Forderung in einer Person vereinigen, hat der Eigenthümer als Pfandgläubiger das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 444: Hat der Eigenthümer in den in §§ 442, 448 angegebenen Fällen die Forderung nicht abgetreten und erfolgt die Zwangsversteigerung des Grundstückes, so wird der Übergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos. § 449: Ist eine Forderung im Hypothekenbuche so eingetragen, dass die Zahlung in Terminen erfolgen und die Hypothek wegen jeder Terminzahlung gelöscht werden soll, so kann von dem in §§ 442, 445 gedachten Rechte auf Umschreibung im Hypothekenbuche nur bei der letzten Terminzahlung Gebrauch gemacht werden. Viz též Mascher, 242, Meibom, IV, 118 a násl. Dr. Paul Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, I, Leipzig 1887, 323, Bruck, 52, Roth, System des deutschen Privatrechts, III, Tübingen 1886, 688.

¹⁹⁾ § 84: Der Schuldner kann nach erloschener aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypotek den Rang dieser Hypotek einem Andern, auch einem neuen Gläubiger jedoch für keine grössere Summe einräumen. § 150: Hat sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen oder hat er derselben nur einen bestimmten Platz zum Beispiel die zweite Hypothek zugestanden, so muss bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorge-merkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und in der letzten Columnne bemerkt werden, dass die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen. Viz též Mascher, 412, Meibom, III, 277—290, Bruck, 46, 47,

²⁰⁾ Viz pozn. 19 „die vorbehaltene Hypothek unter . . . vorgemerkt.“

nikoli vlastnost zástavního práva, nýbrž zástavní právo samo. Pořad bez zástavního práva není vůbec ničím. Je to ovšem zástavní právo vlastnicko, jehož dle § 84 může vlastník pro novou pohledávku užíti. Je to zástavní právo, kterému právě z této příčiny nemůže při dražebním rozvrhu přechodu zjednávat. Knihozně se ovšem prováděla věc převodem pořadu.²¹⁾ Praxe šla tu přísně na kvalitě zaniklé pohledávky. I nepřipouštěla postup pořadu na definitivní pohledávku za zaniklou pachtovní kaucí,²²⁾ pohledávky časem vázané na pohledávku časem neobmezenou, simultánní hypoteky na solohypoteku, bezúročné pohledávky na úročnou a umořitelné na neumořitelnou. Právo vlastnicko podrobovala praxe i exekuci.²³⁾ Teoreticky uvažovalo se podle cit. hypotečního zákona také o tom, zda vlastník zástavu pro dluhopisy na majitele zříditi může.²⁴⁾

Švýcarské právo jevílo před jednotnou kodifikací velikou rozmanitost. V kantonálním právu dalo se napočítati 60 různých

Vormerken znamená zápis prozatímního neúplného právního stavu. Viz Meibom, III, 19/4.

²¹⁾ Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht (Meibom III), 82 navrhol pro § 84 zápis: Die unter Nr. X versicherte Forderung ist bezahlt und der Rang der hiefür eingetragenen Hypothek von Herrn N. N. (dem gegenwärtigen Liegenschaftseigenthümer) auf Herrn X. X. (den neuen Gläubiger) für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Darlehen von dem Betrage der bezahlten Forderung übertragen worden. Pro § 150 uváděl (str. 81) tento vzor: Záznam: „Zwölfhundert Gulden zu fünf vom Hundert verzinslich werden als erste Hypothek einstweilen vorgemerkt . . .“ Do rubriky poznámek: Die Benennung des Gläubigers und des Forderungsgrunds ist vorbehalten. V rubrice poznámek k pohledávce na druhém místě zapsané, mělo se připojiti: Mit dem Range nach der am heutigen Tage unter Nr. 1 vorgemerkten Hypothek. Zadala-li se později vyhrazená hypoteka, mělo se zapsati: Die unter Nr. 1 vorgemerkte Hypothek wurde dem Herrn N. N. für ein baares Darlehen in gleichem Betrage bestellt und wird nunmehr eingetragen.“ V rubrice poznámek při č. 1: Nunmehr eingetragen. S. unten X.

²²⁾ Blätter für Rechtsanwendung, 18, 413, rozh. z 21/5 1853. Kauce pachtovní není prý žádnou definitivní hypotekou. Zadní věřitel může na to spoléhati, že pachtovné se ve svých lhůtách splatí. Vydavatel tohoto časopisu Seuffert káře toto rozhodnutí. Není zde žádného rozdílu mezi pachtovní kaucí, která ručí za pachtovné lhůty, a pohledávkou ze zápůjčky, již v částech jest platiti.

²³⁾ Paul Roth, Bayrisches Civilrecht, II, Tübingen, 1872, 465, 466.

²⁴⁾ Blätter für Rechtsanw. 13, 321–331, Dr. Lotz, Über Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche auf jeden Inhaber lauten.

ných způsobů, jak se nemovitosti zastavují.²⁵⁾ Vývoj práva hypotekárního béře se zde dvěma proudy. Při jednom zastavují se nemovitosti rentou (Gültrecht), při druhém zápisem práva zástavního na obecnoprávním základě. Při rentě již dle její povahy nemohlo se mysliti na akcesoritu. Ale i osoba určitého věřitele ustupovala při ní do pozadí. Jméno jeho se v rentových listech proto fungovalo. List zpeněžil se příležitostně dle potřeby. Z této formy přišlo se pak k rentovým listům na majitele. Někde vydával však vlastník rentový list přímo na sebe. Někde byly rentové listy, na jméno některého věřitele znějící, vlastním do ruční zástavy odevzdávány, jím vypláceny a zase zpět přijímány, aniž by snad nějakou konfusi své právní existence pozbývaly. Hypoteku se zástavním listem spojuje zemský zákon ze dne 31. ledna 1857. Na způsob zástavních listů, které u nás některé ústavy podle zák. ze dne 24. dubna 1874 č. 48 ř. z. vydávají, mohl vlastník do výše zřízené hypoteky vydávati zástavní listy, akcie (actions) na majitele nebo na jméno.²⁶⁾ Dělo se to notářským aktem. V něm byla uvedena nemovitost, jež měla zástavním listům sloužiti za hypoteku, zároveň se svými předchozími závadami, počet zástavních listů, jejich hodnota, způsob postupu, výplaty nebo amortisace. Zástavní list měl býti opatřen podpisem zástavce a notáře. Zástavní akt měl býti zapsán do zvláštního registru jako jiné zástavní listiny zapsané v úřadě hypotekárním. Také právo na obecnoprávním základě zná náběhy ku vlastníkově hypotece. Vedle zástavní sukcesse podle římského práva připouští i výhradu zástavního práva před zástavním právem vkládaným.²⁷⁾ Jednotná kodifikace švýcarského práva zjednotila kantonální zastavování na trojí způsob: zástavním zápisem (Grundpfandverschreibung, hypthèque, ipoteca), zástavním zápisem s dlužním listem (Schuldbrief, cédule hypothécaire, cartella

²⁵⁾ Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf. III. Heft: Das Sachenrecht, Bern, 1902, 189.

²⁶⁾ Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, III, Basel 1889, 488—444, 500—504, Bruck, 62—67, KSZ, IV, Carl Wieland, Das Sachenrecht des schweiz. Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909, 286.

²⁷⁾ Huber, l. c., 500, § 26 knih. zák. baselstadského: Titel, die frühere zu ersetzen bestimmt sind, geniessen auch bei späterer Eintragung das Vorgangsrecht des Titels, an dessen Stelle sie treten. Ebenso, wenn in einem Überbesserungstitel vorgehende Pfandrechte vorbehalten und vorangestellt sind, behalten dieses ihr Vorgangsrecht, auch wenn sie vielleicht erst später als diese Überbesserung eingetragen sind.

ipotecaria) a zapsanou rentou (Gült, lettre de rente, rendita fondiaria). Při dvou prvních je soukromoprávní poměr, renta je bez něho. Dlužní list a renta mobilisují zástavu. Lze ji listem převáděti.²⁸⁾ Zastavení vázáno jest při všech těchto třech způsobech na pevné místo (Pfandstelle, case hypothécaire, posto del pegno), které se věřiteli přikáže. Může to již při prvním místě býti místo druhé i následující, udá-li se suma, jež pořadem má předcházeti.²⁹⁾ Zadní věřitelé na místo vymazaného práva zástavního nenastupují. Místa toho může se použití pro nové zástavní právo. Smlouvy o nástupu zadních věřitelů, mají-li míti účinek věčný, musí se do knih zaznamenati.³⁰⁾ Při dražebním roku se však neužitě zástavní místo nečítá.³¹⁾ Vlastníkovi náleží tedy dispozice uvolněným místem. Není-li vlastník osobním dlužníkem, nabývá po zaplacení jako cessionář i pohledávky.³²⁾ K uvedeným třem způsobům zástavy řadí švýcarský občanský zákoník ještě zápis práva zástavního za celkový obnos dluhu, který rozvržen je na dlužní úpisy, znějící na věřitele nebo majitele.³³⁾

²⁸⁾ Viz spis v pozn. 25, 190, 191 a §§ 193, 877, 851, 859, 869 švýcarského občanského zákona ze dne 10. prosince 1907.

²⁹⁾ Švýcarský občanský zákoník ze dne 10. prosince 1907, § 813: Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird. Grundpfandrechte können in zweitem oder beliebigem Rang errichtet werden, sobald ein bestimmter Betrag als Vorang bei der Eintragung vorbehalten wird.

³⁰⁾ § 814: Sind Grundpfandrechte verschiedenen Ranges auf ein Grundstück errichtet, so hat bei Löschung eines Grundpfandes der nachfolgende Grundpfandgläubiger keinen Anspruch darauf, in die Lücke nachzurücken. An Stelle des getilgten vorgehenden Grundpfandes darf ein anderes errichtet werden. Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern haben nur dann dingliche Wirkung, wenn sie vorgemerkt sind. W i e l a n d. 325 a násl.

³¹⁾ § 815: Ist ein Grundpfandrecht ohne Vorhandensein eines vorgehenden in späterem Rang errichtet, hat der Schuldner über einen vorgehenden Pfandtitel nicht verfügt, oder beträgt die vorgehende Forderung weniger, als eingetragen ist, so wird bei der Pfandverwertung der Erlös aus dem Pfande ohne Rücksicht auf die leeren Pfandstellen den wirklichen Pfandgläubigern nach ihrem Range zugewiesen. W i e l a n d, 331.

³²⁾ § 827: Ist der Grundeigentümer nicht Schuldner der Pfandforderung, so kann er das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen ablösen, unter denen der Schuldner zur Tilgung der Forderung befugt ist. Befriedigt er den Gläubiger, so geht das Forderungsrecht auf ihn über. Viz též § 845. W i e l a n d, 349.

³³⁾ §§ 875—883.

§ 4. Vlastnickova hypoteka pruská.

Politické poměry, které vedly od pruského státu ku německé říši, vedly i vlastnickovu hypoteku z pruského základu k vlastnickově hypotece občanského zákonníka německého. Jest se nám proto vývojem jejím v Prusku zabývati blíže. Vlastnickova hypoteka prožívá tu mnohé fase. Pruský LR přesně rozeznával mezi právem věcným a pohledávkou.³⁴⁾ V I 16 § 484 spojoval obé v označení „das subjectiv-dringliche Recht“. Dodatek k němu v § 52 zdál se obé vyjadřovati slovem „Hypothekenrecht“.³⁵⁾ Deklarace § 52 ze dne 3. dubna 1824 rovnala hypoteku pohledávce, kvitanci cessi, platícího dlužníka cessionáři. Deklarací touto dán vlastnickově hypotece směr obligačně právní. Nabývala se zaplacená pohledávka. Praxe nebyla si z počátku jista. Podle reskriptu pruského ministerstva spravedlnosti ze dne 24. března a 13. května 1831 uvolňovalo se místo (locus), na něž se mohla nová hypoteka zapsati.³⁶⁾ Pruský vrchní soud zemský měl za to, že vlastník, není-li osobním dlužníkem, může nabývati pohledávky. Pruské ministerstvo spravedlnosti jej však reskriptem ze dne 25. února 1833 poučuje, že nelze lišiti případy, kdy vlastník je osobním dlužníkem a kdy jím není. Zaplacením nabývá povždy pohledávky, nikoliv hypotečního místa.³⁷⁾

³⁴⁾ I 20 § 520: So weit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt wird, so weit erlöscht zwar in der Regel auch das dingliche Recht des Gläubigers. § 521: Der Schuldner ist daher auch befugt, auf die Löschung der getilgten Post im Hypothekenbuche nach Vorschrift der Hypothekenordnung anzutragen. Viz též I 16 § 482.

³⁵⁾ Viz pozn. 8.

³⁶⁾ Bornemann, 394.

³⁷⁾ A. J. Mannkopff, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten, II, Berlin, 1837, 228: Weder das bezogene noch irgend ein anderes Gesetz, noch der Sprachgebrauch, kennt einen Unterschied zwischen Hypothek und hypothekarisch versicherter Forderung. Eine Forderung wird zur Hypothek, wenn sie hypothekarisch versichert, d. h. im Hypothekenbuche eingetragen wird. Die hypothekarische Versicherung ist die Handlung, Hypothek das Produkt derselben. Unter der Bezeichnung: Eigenthümer Cessionar einer Hypothek wird stets der Eigenthümer, der Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung verstanden. Hätte das Gesetz mit den Worten: „alle Rechte eines Cessionars der Hypothek“ den Sinn verbinden wollen, dass der zahlende Eigenthümer nur Cessionar nicht der Realforderung, sondern des locus habe sein sollen, so müsste dieser Sinn auch in dem Falle gelten, wo er eine fremde Schuld zahlt. Das Gesetz distinguirt durchaus nicht zwischen dem Eigenthümer des verpfändeten Guts, der zugleich

persönlich verpflichteter Schuldner ist, giebt vielmehr beiden alle Rechte eines Cessionars, und Cessionar heisst allgemein bei eingetragenen Forderungen derjenige, der diese Forderung durch Cession erworben hat. Wenn der Hypothekengläubiger dem zahlenden Schuldner ausdrücklich jura cessa erteilt hätte, so wäre derselbe, obgleich sich in seiner Person Creditor und Debitor vereinigt hätten, schon nach der Bestimmung des Anhangs zum ALR § 52 Eintragung seines Eigenthumsrechts an der cedirten hypothekarischen Forderung zu verlangen berechtigt gewesen. Durch die Deklaration vom 3. April 1824 ist die Quittung der ausdrücklichen Cession ganz gleich gestellt. Durch diese Declaration ist die Erwerbung der Hypothek an das Dasein einer Quittung, also eines Documents geknüpft, welches sich keineswegs auf die Hypothekenstelle beschränkt, sondern wesentlich auf Forderung bezieht; wenn gesagt ist, dass diese Quittung als ausdrückliche Cession gelten soll, so kann dies nie anders ausgelegt werden, als dass die Quittung als ausdrückliche Cession der hypothekenforderung selbst gelten soll, und man würde den Worten des Gesetzes offenbar Gewalt anthun, wenn man denselben den natürlichen und sprachgemässen Sinn nur in dem Falle beilegen wollte, wenn der Eigenthümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, ihnen aber eine ganz entgegengesetzte Deutung geben wollte in dem Fall, wo er zugleich persönlicher Schuldner ist. Kann das Königl. O. L. Ger. selbst nicht in Abrede stellen, dass Cessionar der Hypothek, im ersten Fall, Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung heissen soll, so ist es auch klar und unzweideutig ausgesprochen, dass der zahlende Eigenthümer, sei er Schuldner, sei er Nichtschuldner, durch die Zahlung selbst Gläubiger des Grundstücks wird, und die doppelte Qualität von Schuldner und Gläubiger bei Hypothekarforderungen so auseinander gehalten werden sollen, dass die Vereinigung beider entgegengesetzter Qualitäten in einer Person möglich ist. Kann es nun nicht zweifelhaft sein, dass die Cession dem Cessionar das Recht giebt, über die cedirte Forderung nach Willkühr zu disponiren und dieselbe auch für ein minderes Quantum als den Nominalwerth zu cediren; so kann, da der bezahlte Debitor „alle“ Rechte des Cessionars geniessen und die Quittung dieselbe Wirkung haben soll, wie eine ausdrückliche Cession, dies Recht auch dem Eigenthümer, der eine hypothekarische Forderung befriedigt und darüber löschungsfähige Quittung erhalten hat, sei die bezahlte Schuld ursprünglich eine fremde, sei sie eine Schuld, nicht streitig gemacht werden . . . Die eingesehenen Akten über die Veranlassung zu der Deklaration vom 3. April 1824 ergeben, dass es unzweifelhaft in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, nicht blos das Recht auf die Hypothekenstelle, sondern das Recht auf die Forderung selbst dem zahlenden Eigenthümer zu übertragen. Denn nicht allein, dass diese Ansicht bereits in dem von dem Justizministerium ausgegangenen Antrage ausgesprochen ist, so ist auch bei der Prüfung des Antrags im Staatsrathe sehr vollständig untersucht, ob eine solche Aufhebung des Consolidations-Princips, zulässig sei, und diese Frage sowohl nach römischem als preussischem Rechte bejahend entschieden; demnächst aber haben sich die Abtheilungen des Staatsraths über die Frage: ob bei einer Zahlung durch den Eigenthümer die Absicht zu kaufen oder zu tilgen,

Mínění toto ovládalo judikaturu. Podle pohledávky posuzuje se nabytí vlastnickovy hypoteky. Žádá se, aby to byla pohledávka platná, nevázaná /na výminku,³⁸⁾ nikoli uvolněná kauce, nikoli pohledávka zvržitelná námitkou neobdržené valuty.³⁹⁾ Osobní dlužník, který pohledávky nabývá a ji dále postupuje, zůstává i nadále zavázán osobně.⁴⁰⁾ Pohledávka nabývá se jak cessí, tak i placením. I bývalý dlužník-vlastník může ji disponovati.⁴¹⁾ Pohledávka tvoří vlastnickovo „activum“. Případá dědici po zůstaviteli na odkázaném statku.⁴²⁾ Je předmětem exekuce,⁴³⁾ položkou exekučního rozvrhu⁴⁴⁾ a částí aktiv konkursní podstaty.⁴⁵⁾ Reskript ze dne 16. července 1836 povoluje pak již docela vlastníkovi, aby položku tu na své jméno přepsal.⁴⁶⁾

Ni méně vyskytují se i nálezy, jež vycházejí s jiného právního hlediska. Příkazují vlastníkovi pohledávku, kterou někdo jiný zaplatil.⁴⁷⁾ Jemu uvolňuje se místo, zanikne-li pohledávka

zu präsumiren sei, in zwei gleiche Hälften getheilt, von denen die erste die jetzt in der Gesetzsammlung befindliche C. O., die zweite aber anderweitige Bestimmungen in Vorschlag brachte, und in gleicher Art hat sich diese Verschiedenheit der der Ansicht im Staatsrath selbst kund gethan; Se. Majestät haben aber nicht allein durch Vollziehung der von den Vertheidigern der ersten Meinung in Vorschlag gebrachten C. O., sondern noch durch eine zweite an den Staatsrath gerichtete, nicht publicirte C. O. de eodem dato und hier ganz ausdrücklich ausgesprochen geruht: „dass Allerhöchst Dieselben der Meinung des Staatsrathes dahin beitreten, dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Forderung befriedigt, und diese Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, auch ohne förmliche Cession, durch die blosser Quittung alle Rechte eines Cessionars „dieser“ Hypothek erhalte“, wobei es durch den Ausdruck „dieser Hypothek“ ganz unzweifelhaft festgestellt ist, dass damit die in dem Vorgehenden erwähnte, hypothekarische Forderung gemeint ist.

³⁸⁾ Dr. C. F. Koch, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten. I/2, 3. vyd. Berlin 1862, 519/II/1, 520/e.

³⁹⁾ Bornemann, 395, Koch, Allg. L. R., 520/d.

⁴⁰⁾ Koch, Allg. L. R., 517/1, 524/3 α—γ. Viz k tomu Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, Inaug.-Diss., Halle a. S. 1874, 11 a násl.

⁴¹⁾ Koch, l. c., 521/2a.

⁴²⁾ Koch, l. c., 525/aa.

⁴³⁾ Koch, l. c., 525/cc.

⁴⁴⁾ Koch, l. c., 526/cc.

⁴⁵⁾ Koch, l. c., 525/bb.

⁴⁶⁾ Koch, 524. —

⁴⁷⁾ Berthold Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853, 63.

výminkou, anebo propustí-li se zástava, osobní závazek zachová-
vají. ⁴⁸⁾ Také „*protestatio pro conservando iure et loco*“ zakládá
právo vlastníkovo, aby po zaplacení pohledávky dal protest
v řádnou hypoteku přepsati. ⁴⁹⁾

Teorie snaží se pomoci praxi právnickou konstrukcí. Učí se,
že je zde dvójí, závazek, osobní a věcný. Jen osobní závazek zaniká
zaplacením. Věcná povinnost statku (*Gutsobligation, dingliches
Forderungsrecht, Realmittschuld des Grundstücks*) zůstává. Statek
je fingovaný dlužník. ⁵⁰⁾ Rozlišuje se obligace a dluh. Je-li tu dluh
věci vedle dluhu osobního, může při konfusi zůstatí v *passivech*
i jako pohledávka v *aktivech*. Skutečnost, že „*activum*“ a „*passi-
vum*“ splyne v jedné ruce, se ignoruje. ⁵¹⁾ Hledí se jen k hypo-
tece, která není *accessorium* osobní pohledávky, ale samostatná
reální obligace. ⁵²⁾ Někde se jen fikcí *cesse* blíží theorie praxi,
věcně však se od ní odchyluje. Dovojuje se, že ne věc, ale
její v budoucnosti dosažitelná kupní cena je zástavou postižena,
pro každého věřitele jen to, co po uspokojení přechozího zbude.
Každému je tedy něco jiného zastaveno. Poměr mezi zástavami
určuje dvójí moment: místo jejich zápisu a výše obnosu. Na
zadní zástavě nestane se žádná změna, vyplatí-li se zástava
přední. Zástava sice zaniká, ale nevymazaná trvá zevně dále.
Formálně je to sice vlastníkova hypoteka, ale materielně jeho
vlastnické právo. Může uvolněný díl hodnoty k zástavě nové za-
brati a při rozvrhu účtovat. V konkursu mohou tak za něho
učiníti konkursní věřitelé. Dispozice vlastníkova provádí se fikcí
v e f o r m ě c e s s e. *Cessi* touto zjednává si vlastník své přední
právo. Děje se tak z pohodlí. Bylo by to zdlouhavé, kdyby se
provedl výmaz a pak teprve nový zápis. ⁵³⁾ Zápis zaniklé zástavy

⁴⁸⁾ K o c h, I. c., 522/c.

⁴⁹⁾ K o c h, I. c., 520/c.

⁵⁰⁾ K o c h, I. c., 518/2, týž, *Lehrbuch des preuss. gemeinen Privatrechts*,
Berlin 1857, 621, týž, *Recht der Forderungen nach gemeinem und preussi-
ischem Rechte*, Berlin 1859, II, 796/11.

⁵¹⁾ D e l b r ü c k, 63 a násl.

⁵²⁾ M e y e r, *Die preuss. Hypotheken u. Subhastations-Gesetzgebung*,
Berlin 1854 cit. podle Schletters *Jahrbücher der deutschen Rechtswissen-
schaft und Gesetzgebung*, 1 (1855), 366.

⁵³⁾ Dr. von der H a g e n, *Die Hypothek des Eigenthümers*, Arnsberg
1836. Knihu tuto nebylo možno v Praze opatřiti. Cituje se podle spisu
„Friedrich S c h o l m e y e r, *Die Hypothek des Eigenthümers*. Inaug-
Diss. Halle a. S. 1874, 26—31.

považuje se za skořápku, pro niž vlastník novou hypotekou ve formě cesse hypoteky staré vytvoří jádro. Nová hypoteka má přednosti hypoteky staré, předcházejíc všem hypotekám zadním. Nezaloží-li se hypoteka nová, není vlastnickova hypoteka svou podstatou pranic. Nelze ji likvidovati ani v rozvrhu dražebním, ani konkursním.⁵⁴⁾

Disposice vlastnickova zaplacenou zástavou souvisí se zřízením hypotekárním. Jako zástava vzniká zápisem, tak zaniká zase jen výmazem. Zaplacením pojištěná pohledávka zanikne. V knihách zbude jen akcesorní právo, které svou určitou formou jí dříve sloužilo, které však je nyní zbaveno svého principale, konkrétní hypoteka. Touto určitou hypotekou může vlastník disponovati a nový závazek s ní spojití. Nová pohledávka musí souhlasiti s pohledávkou starou. Nový závazek nelze zapsati, není-li starý závazek platný a cesse schopný. Pokud se nový závazek nezapiše, postrádá zástava vůči třetím osobám vší reality, je rovna prázdnému místu. Nejsouc způsobilá pro rozvrh exekuční a konkursní, nemůže býti také předmětem exekuce vlastnickových věřitelů. Exekuce tato odňala by vlastníkovu právo, aby dal pohledávku vymazati anebo aby novou pohledávkou úvěr si zjednal. Užije-li se při tom formy cesse, není vlastník cedentem, nýbrž původním dlužníkem nového hypotekárního věřitele.⁵⁵⁾

Jak již uvedeno, chce se vlastnickova hypoteka vyložití z toho, co jest předmětem zastavení. Zavádí-li se pozemek hypotekami, je to *successivní parcelace jeho hodnoty*. Vymaže-li se předchozí hypoteka a postoupí-li zadní věřitel na její místo, nabývá jiného lepšího dílce, než který mu byl přikázán. Na vlastníkovu jest, zda mu tento zisk popřeje anebo hned nebo později na místo položky staré novou umístí. Tato jeho disposice o místě předním má touž povahu jako jeho disposice o místech za všemi hypotekami⁵⁶⁾ Zástavní kvóty mohou se zadávati pořadem libovolným. Některá předchozí může se zůstaviti disposici vlastníkově a potrvati v ní i při dražbě.⁵⁷⁾

⁵⁴⁾ H i n s c h i u s, Preuss. Anwaltszeitung, 1866, 693 a násl., cit. dle Schollmeyera, 21.

⁵⁵⁾ B o r n e m a n n, l. c., 390—408.

⁵⁶⁾ G ö p p e r t, Preuss. Anwaltszeitung, 1864, 279, cit. dle Schollmeyera, 30. Viz též H o r n, die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 28.

⁵⁷⁾ B r e m e r, Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869, cit. dle Schollmeyera, 33 a násl.

Vlastníkovou hypotekou zabývaly se také německé právnické sjezdy. Již na prvním r. 1860 byl podán návrh, aby se zřídila komise, která by zkoumala, zda se má obligační poměr od hypotečního zplna odloučiti a zda mohou se vydávati listy hypoteční na majitele (*hypothèques au porteur*).⁵⁸⁾ Od druhého sjezdu žádalo se totéž, ale věc se přesně formulovala. Zástavní právo má se zkonstruovati jako právo samostatné, jež soukromý závazek, je-li zde vůbec takový, za sebou táhne.⁵⁹⁾ Nový nabyvatel, jenž hypoteku přejímá, zavazuje se osobně.⁶⁰⁾ Spojí-li se vlastnictví s hypotekou buď její výplatou nebo jiným způsobem, zaniká soukromý závazek. Potrvává jen, pokud je tu k tomu zvláštního důvodu (*versio in rem, negotiorum gestio* atd.). Nevymazané právo po zániku pohledávky, ať je vlastník na sebe přepsal čili nic, nedá se realizovati. Je to jen předmět, kterého lze prakticky využiti, převede-li jej vlastník na jiného věřitele nebo při prodeji zástavy na sebe.⁶¹⁾ Je to movitý kus jmění, jímž může volně naložiti.⁶²⁾ V dražebním a konkursním rozvrhu účtovati jej nelze. Jeť subhastát a konkursant osobním dlužníkem, jehož přednost před zadními věřiteli „*exceptione doli*“ lze odmítnouti.⁶³⁾ S vlastníkovou hypotekou souvisí také požadavek, aby se převáděla hypoteka na listě, na základě něhož stal se původní zápis.⁶⁴⁾ Sjezd se usnesl, aby stálá jeho deputace další materiál sebrala a jemu předložila.⁶⁵⁾ Dobrozdání, které bylo stálou deputací předloženo třetímu právnickému sjezdu, nevyčerpávalo návrhů.⁶⁶⁾ Sjezd, jednaje o věci, nepřišel k pozitivním výsledkům.⁶⁷⁾ Připojil jen ku svému protokolu návrhy řečníka z Meklenburku, které mimo jiné vztahovaly se také na vlastníkovu hypoteku. Navrhovalo se, aby se závady na vlastníka zapisovaly a přepisovaly a výhrady vymazaných míst pro nové položky povolovaly

⁵⁸⁾ Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages, Berlin 1860, 125

⁵⁹⁾ Verh. des II. deutschen Jur.-Tages, I, Berlin 1861, 230/4, Antrag des zweiten Präsidenten des kgl. Obertribunals Dr. Bornemann zu Berlin.

⁶⁰⁾ L. c. 234/11, Antrag des Ober-Tribunalraths Meyer zu Berlin.

⁶¹⁾ L. c. 231/8, Antrag Bornemann.

⁶²⁾ L. c. 235/13, Antrag Meyer.

⁶³⁾ L. c. 231/8, 235/13.

⁶⁴⁾ L. c. 230/6.

⁶⁵⁾ L. c. I/2, 251.

⁶⁶⁾ Verh. d. III. d. Juristentages, Berlin 1832, 71—97.

⁶⁷⁾ L. c. II., 142—203.

a aby proti cessionáři, jenž zástavní list ve svých rukou má, námitky dřívějších dlužníků se nepřipouštěly.⁶⁸⁾

Ráz, který vtiskla vlastnickova hypoteka pruskému právu zástavnímu, je podnětem ku jeho stváření v nových zákonodárných pracích. Přimyká se ku kodifikacím knihovním. Ty sahají do r. 1864. Osnova z tohoto roku přijala formulaci vlastnickovy hypoteky z literatury a t. zv. dogma samostatnosti hypoteky z meklenburského práva.⁶⁹⁾ Knihovní zápis nějaké pohledávky zakládá reální obligaci (Realobligation). Nové osnovy o nabytí práva vlastnického a věcném zavazení pozemků předloženy byly pruské poslanecké sněmovně ke konci r. 1868.⁷⁰⁾ Motivy přimkly se o samostatnosti hypoteky ku zákonodárství meklenburskému. Odhodlaly se řešiti i její právnickou povahu. Pojmenování „reální obligace“ má v sobě odpor. Osobním závazkem označuje se dlužnický poměr, při němž osobního dlužníka není a při němž jeho roli pozemek přejímá. Lépe lze užiti slova „věcné obtížení“ (dingliche Belastung), které má meklenburské právo. Samostatné obtížení beze vztahu k osobnímu závazku lze jako příbuzný institut postaviti vedle reálního břemena a staré vymřelé již koupě renty. Samostatné obtížení není na dluhu závislé. Vyskytuje se i při dluhu neplatném. Má své odůvodnění samo v sobě. Dlužní důvod se jím pohlcuje. Místo něho je zde hodnotou pozemku pojištěná povinnost, aby se nějaká suma zaplatila. Platnost hypoteky jest zřejma z její formy: ze zápisu. Hledá-li se mimo zápis, přestane býti hypoteka znatelná. Obchod s hypotekami musí vážnouti. Kdo chce jich nabyti, musí se pustiti do obtížné práce, aby po osobním závazku pátral. Kdo hypoteku povolí, vzdává se všech námitek. Účelem svým je hypoteka akcesorní stipulací, formálně je však samostatná a neodvislá. Je to tak řečená „reální směnka.“⁷¹⁾ Osnova z r. 1868 zná pouze jednu formu zástavního

⁶⁸⁾ L. c. 196, pozn. 12, 13.

⁶⁹⁾ Ac. P. (Arch. f. d. civ. Praxis), V, 53 [1870], 362 Dr. v. B a r, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preuss. Gesetzentwurfs. Viz tamže 366 z osnovy z r. 1864 § 23: Die Eintragung einer Forderung begründet eine selbständige Realobligation.

⁷⁰⁾ Alexander A c h i l l e s, Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. Berlin 1872, 11 a násl.

⁷¹⁾ Franz F ö r s t e r, Preussisches Grundbuchrecht, Berlin 1872, 126 až 133.

práva „hypoteku“, ať povstane volně anebo nuceně.⁷²⁾ O každé zapsané hypotece má se vlastníkovvi vydati list hypoteční.⁷³⁾ Vlastník může si ji dáti také na své jméno zapsati. Tím nabývá práva, aby hypotekou nakládal, na třetí osoby plné právo hypotekárního věřitele převáděl ji a při rozvrhu nejvyššího podání a také po převodu vlastnictví uplatňoval.⁷⁴⁾ Hypoteka převádí se postupem, který není třeba zapsati, hypoteka, znějící na jméno vlastníkov, také in bianco a to buď zase in bianco anebo vyplní jméno věřitele.⁷⁵⁾ Hypoteku lze převésti i bez osobního závazku. Tento při tom zanikne.⁷⁶⁾ Zaplatí-li vlastník hypoteku nebo zanikne-li nějakým jiným způsobem, má věřitel po vůli vlastníkově buď kvítanci nebo výmazné svolení vydati nebo hypoteku, neručě za správu, postoupiti. Vlastník může na základě kvítance nebo výmazného svolení hypoteku na své jméno přepsati anebo ji nakládati.⁷⁷⁾ Totéž platí, nabude-li hypoteky dědictvím aneb konfusí.⁷⁸⁾ Jakkoli ještě zákon pro Nové Pomořany a Rujanu ze dne 21. března 1868 se vyslovil, že vlastník při své hypotece v po-

⁷²⁾ J. B. f. D., 11, 12, O. B ä h r, Die preussischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, § 14 osnovy.

⁷³⁾ L. c. 88 a násl. O počátcích hyp. listu viz AbR. 14 (1898) 286 a násl. Dr. Max F i s h e r, Der Hypothekenbuch im neuen Rechte.

⁷⁴⁾ L. c. 13, § 22: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Hypothek eintragen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Hypothek zu verfügen und dadurch auf dritte Personen die vollen Rechte eines Hypothekengläubigers zu übertragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge eines gerichtlichen Zwangsverkaufes kann er die Hypothek für sich geltend machen. § 23: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Hypothek alle Rechte eines Hypothekengläubigers.

⁷⁵⁾ L. c. 19, 20, § 49—51.

⁷⁶⁾ L. c. 19, § 48: Das mit einer Hypothek verbundene persönliche Recht kann nur gemeinsam mit der Hypothek, diese dagegen ohne das persönliche Recht abgetreten werden. Geschieht Letzteres, so erlischt der persönliche Anspruch.

⁷⁷⁾ L. c. 21, § 61: Wenn eine Hypothek von dem eigentragenen Eigenthümer bezahlt oder auf sonst eine Weise getilgt worden, so ist der bisherige Hypothekengläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen, oder die Hypothek ohne Gewährleistung abzutreten. § 62: Der eigetragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (§§ 22, 28).

⁷⁸⁾ L. c. §§ 63, 64.

měr hypotekárního věřitele vstupuje, osnova stála na stanovisku, že vlastník nabude svou hypotekou pouze práva, aby ji dále disponoval.⁷⁹⁾

Osnova došla ocenění v literatuře. Proti výlučně platné samostatné hypotece hájila se římská akcesorní hypoteka buď vůbec⁸⁰⁾ anebo vedle samostatné hypoteky.⁸¹⁾ Panská sněmovna pruského sněmu v oposici proti osnově přistoupila na dvojí formu: hypoteku přísně akcesorickou a samostatnou. Při akcesorické mohly se i proti bezelstnému nabyvateli námitky z osobního poměru dlužníka k cedentovi činiti. Poslanecká sněmovna podrobila tyto námitky principu publicity. Byla-li pohledávka nabyta úplatně, mohly se činiti, pokud byly nabyvateli známy anebo z knihy pozemkové zřejmy. Tím zřízeny dva druhy zástavního práva ku nemovitostem: hypoteka a dluh pozemkový. Takto upravená osnova stala se zákonem ze dne 5. května 1872.⁸²⁾

Vlastnickova hypoteka jevila se v tomto zákoně ve dvojí podobě, v primerní a sekunderní. Primerní vzniká dluhem pozemkovým, dá-li si jej vlastník na své jméno zapsati a o něm dlužní list pozemkový vydati.⁸³⁾ Není to vlastně hypoteka vlastnickova,

⁷⁹⁾ Förster-Eccius, III, 904. Zde cituji se také motivy osnovy: Es fehlen dem Eigenthümer die wesentlichsten Rechte des Hypothekengläubigers; er kann auch nicht die Zahlung des Kapitals durch den Antrag auf Subhastation gegen sich erzwingen und etwa dadurch ein bequemes Mittel erlangen, sich von den dann ausfallenden Hypotheken zu befreien. Die Hypothek ruht, so lange sie sich in seinen Händen befindet, sie ist kein selbständiges Vermögensobjekt für ihn, und hat nur den negativen Werth, dass der Eigenthümer Kapital und Zinsen der Hypothek keinem Dritten schuldet. Nur ein Recht hat er, und nur dieses verlangt das praktische Bedürfnis, ihm zu geben: im Interesse seines Kredits muss ihm gestattet werden, die Hypothek zu veräussern und sich dadurch Kapital zu verschaffen, er muss über dieselbe verfügen können. In dem Moment, wo er die Hypothek veräussert und das Grundstück behält, wird er Hypothekenschuldner. Umgekehrt in dem Moment, wo er aufhört, Eigenthümer des Grundstücks zu sein und die Hypothek behält, wird er Hypothekengläubiger.

⁸⁰⁾ Ac P, 53 (1870), B a r 373 a násl.

⁸¹⁾ JBfD (Jahrb. f. Dogmatik) 11 (1870) B ä h r, 55 a násl.

⁸²⁾ Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 56 a násl., Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin u. Leipzig, III, 606.

⁸³⁾ § 27: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Person die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu über-

nýbrž vlastníkův dluh pozemkový (Eigentümergrundschuld), jak se theorií zove.⁸⁴⁾ Sekunderně vzniká, zaplatí-li vlastník nebo jiným způsobem vyrovná⁸⁵⁾ neb konfusi nabude hypoteky nebo dluhu pozemkového.⁸⁶⁾ Nově připojeno, že předpisy o vlastníkovi hypotece se na kauční hypoteku nevstahují.⁸⁷⁾ Přes tuto formulaci lze i v samém zákoně nalézt stopy dřívější názorů o reálním zavazení pozemku. Mluví se v něm o dispoziční položkou (Post), nikoliv hypotekou nebo dluhem pozemkovým.⁸⁸⁾ Nedůslednost jeví se v tom, že při konfusi potrvává ve stejných rukou „hypoteka“ a „dluh pozemkový“, nikoli „položka“.⁸⁹⁾ Princip pevných míst se zákonem ze dne 5. května 1872 odmítl. Na místo vymazané hypoteky nebo vymazaného dluhu pozemkového nemůže nová hypoteka nebo nový dluh pozemkový býti zapsán. Zadní položky tu postupují do předu.⁹⁰⁾

Hypoteka svými účinky rovná se dluhu pozemkovému. Oba tragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen. § 28: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers.

⁸⁴⁾ Meibom, VIII/2, 299.

⁸⁵⁾ § 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigenthümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten. § 64: Der eingetragene Eigenthümer ist berechtigt auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen.

⁸⁶⁾ § 65: Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigenthümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrages oder der Erbbescheinigung. Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so darf es zu Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zu derselben. § 66: Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

⁸⁷⁾ § 66.

⁸⁸⁾ Viz § 63—66.

⁸⁹⁾ Viz § v pozn. 86 §§ 65 a 66.

⁹⁰⁾ § 62. Viz též Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, III, 737. Nechtělo se právo zástavní zatížití novým pojmem, knihovní řízení novou manipulací; „der leere locus überdies ein Nichts ist, über welches zu disponiren unmöglich erscheint“.

vznikají zápisem, oba cílí k tomu, aby zapraven byl kapitál, při obou připouští praxe námitky z osobního poměru mezi stranami.⁹¹⁾ Při obou vydávají se listy, při hypotece list hypoteční (Hypothekenbrief), při dluhu pozemkovém dlužní list pozemkový (Grundschuldbrief), ač hypotečního listu možno se vzdáti.⁹²⁾ Teprve tímto listem nabývá věřitel práva z dluhu pozemkového a hypoteky.⁹³⁾ Oba převádějí se neknihovní cessí, dluh pozemkový též in bianco. Postup lze však zapsati i knihovně.⁹⁴⁾ Při obou je stejná exekuce. V některých věcech liší se od sebe podstatně. Při hypotece třeba uvéstí právní důvod dluhu. Vznikáť vzhledem ku nějakému jednání s třetí osobou a třeba o něm předložiti dlužní list knihovnímu úřadu (§ 10). Při dluhu pozemkovém je to pojmově vyloučeno. Vzniká i zápisem vlastníka. Jen pozemkový dluh může hned, jak povstal, zapsán býti na jeho jméno nikoli hypoteka (§ 27).

Praxe pojímala nový zákon dle svých dřívějších názorů. Z jejích náleží plynulo, že předpisy o vlastnickově hypotece v zákoně ze dne 5. května 1872 jsou jen důsledný vývoj deklarace ze dne 3. dubna 1824.⁹⁵⁾ Jako v mnohých letech dřívějších i nyní uznávalo se proti teorii, že nabývá se s vlastnickovou hypotekou i původní pohledávka a že touto původní pohledávkou vlastník disponuje⁹⁶⁾. Tato povaha pruské vlastnickovy hypoteky, jak ji praxe pojímala, souvisela s pruským knihovním zřízením. Dle § 19 zák. ze dne 5. května 1872 musil při hypotece i právní důvod dluhu býti zapsán.⁹⁷⁾ Za tím účelem bylo při zápisu

⁹¹⁾ Meibom, l. c. 59 a násl.

⁹²⁾ Meibom, l. c. 82, 83. O formě a obsahu těchto listů viz Achilles, 204 a násl. Rechtsatlas.

⁹³⁾ Meibom, l. c. 133.

⁹⁴⁾ Meibom, l. c., 209 a násl. Förster, 169.

⁹⁵⁾ ERC (Entsch. des Reichsger. in Civilsachen), 2, 207 (1880) 5, 326, (1880), Meibom, VIII/2, 293, Gruchot, Beiträge, 27, 471 (1882) 1040 (1883).

⁹⁶⁾ ERC, 7, 219 (1882), Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, III, 607.

⁹⁷⁾ Achilles, 194 Zápis v oddělení III (Hypotheken und Grundschulden) zní na př. takto: Auf Nr. 1 bis mit 5 (Běžné číslo pozemku v oddělení I.). Eintausend Thaler Kaufgeld, mit 5 Prozent Zinsen vom 1. Januar 1871 gegen dreimonatliche Kündigung, eingetragen für den Rentier Karl Schein zu Berlin auf Grund des Kaufvertrages vom 1. Oktober 1870 am 2. Oktober 1870, Gruchot, 27, 472 (1882).

knihovnímu úřadu list o právním důvodu předložiti, ač ovšem takový list existoval.⁹⁸⁾ Znění zápisu bylo uvedeno v hypotečním listě, který se o něm vydal, a zároveň také předmět zástavy, její hodnota a seznam závad předchozích neb současných. S hypotečním listem spojí se dlužní list, který při zápisu byl předložen, šňůrou pod pečeti.⁹⁹⁾ Na tomto hypotečním listu provedou se také všechny změny hypoteky, musíť za účelem těchto změn knihovnímu úřadu býti předložen.¹⁰⁰⁾ Tímto způsobem zůstane původní zápis hypoteky i s jejím právním důvodem trvalým jejím základem. I s hypotekou radikuje se na pozemku. Právní důvod hypoteky je trvalým jejím znakem na titulu hypotečního listu. Není se tedy diviti, že táž formálnost, která přetrvala v knize pozemkové všechny mimoknihovní změny, a vedla ku vytvoření vlastnickovy hypoteky, sformovala i tuto vlastnickovu hypoteku podle právního důvodu původní pohledávky.¹⁰¹⁾ Vlastnickova hypoteka jevila se praksi svou povahou jako akcesorická.¹⁰²⁾ Jako akcesorium pohledávka připadala vlastníkovu i s pohledávkou v celém svém obsahu, při simultánní hypotece i na vedlejších hypotekách jako jejich jednotu.¹⁰³⁾ Oprávněvala pak vlastníka, aby některou hypoteku propustil a ostatní hypoteky nebo snad jen solohypoteku si ponechal.¹⁰⁴⁾

Tento zakořeněný náhled praxe měl již jakýsi ohlas i v samém zákoně. Jako dle dřívějšího pruského práva nemohla i nyní vzejíti vlastnickova hypoteka, nebyla-li původní pohledávka platná,¹⁰⁵⁾ nebyla-li na ni valuta vyplacena,¹⁰⁶⁾ nebo nebyla-li původní její neplatnost aktem mezi věřitelem a dlužníkem zho-

⁹⁸⁾ Meibom, VIII/2, 98.

⁹⁹⁾ Achilles, 211, § 122 knih. ř. Meibom, VIII/2, 138.

¹⁰⁰⁾ Knih. ř. § 129, Meibom, VIII/2, 138.

¹⁰¹⁾ Meibom, VIII/2, 296 Dernburg k tomu s posměchem vytýká, že osobní pohledávka je nutným příslušenstvím hypoteky.

¹⁰²⁾ Gruchot, 27, 472 (1882).

¹⁰³⁾ Gruchot, Beiträge, 27, 1040, (1883), 41, 213 (1898) § 42 zák. z 5./5. 1872, dle něhož zanikají zaplacením z jednoho simultánního objektu hypoteka a dluh pozemkový na druhých, vztahuje se na případ dražby.

¹⁰⁴⁾ Förster-Eccius, III 611.

¹⁰⁵⁾ ERC, 3, 269 (1880), Förster-Eccius III, 608, Bendix, Das preuss. Gesetz über den Eigenthumserwerb, 116/2, ERC, 3, 266 (1880).

¹⁰⁶⁾ ERC, 32, 309 (1894).

ena¹⁰⁷⁾. I subtilnost dřívější praxe se vycitovala.¹⁰⁸⁾ Jako dříve, začalo se rozeznávat, zda vlastník, který pohledávku platí nebo jinak vyrovnává nebo konsolidací nabývá, jest také osobním dlužníkem čili nic. Vlastník, který nebyl osobním dlužníkem, nabýval pohledávky proti osobnímu dlužníkovi. Byl-li zároveň osobním dlužníkem, nabýval ji sice také, ale právo jeho zatím spalo, bylo zdánlivě mrtvé. Obživlo vůlí vlastníkovou, zcizil-li statek nebo hypoteku, proti jeho vůli, byl-li statek exekučně prodán nebo exekuce ve vlastníkovu hypoteku vedena.¹⁰⁹⁾

Teorie se těmito názorům vzpírala. Osobní pohledávka zanikala jí zaplacením, jen reální právo zůstalo. Dřívější právo vidělo ve vlastníkově hypotece anomálii. Zákonem ze dne 5. května 1872 byla tato anomálie povýšena na pravidlo. Vlastnickova hypoteka formálně zůstala hypotekou, materiálně byla dluhem pozemkovým.¹¹⁰⁾ Ve formě římské sukcesse hledala se pro vlastníkovu hypoteku cesta.¹¹¹⁾ Stejně jako o hypotece, dovozovalo se i o dluhu pozemkovém, že je jen akcesorním právem.¹¹²⁾ Byly však i náhledy, které chtěly stanovisko praxe odůvodnit v celé jeho podstatě. Právní formy mohou způsobiti, že se zapsaný věřitel s vlastníkem v jedné osobě střetne. Hypoteka proto nezaniká a z logického důsledku plyne, že vlastník z toho proti sobě žádného práva vyvozovati nemůže.¹¹³⁾ Pozdější nálezy pruské přibližovaly se však přece již stanovisku, že zaplacením osobní pohledávka zaniká a že se jen hypoteka převádí.¹¹⁴⁾

Ze zákona ze dne 5. května 1872 lze již sestaviti jisté podstatné znaky vlastnickovy hypoteky. Pojmově předpokládá knihovní zápis práva zástavního. Podle dřívějšího práva stačil k tomu

¹⁰⁷⁾ ERC, 44, 294 (1899), 48, 53 (1901).

¹⁰⁸⁾ Koch, Allg. Landrecht, 517/I.

¹⁰⁹⁾ Förster-Eccius, III, 605, ERC, 5, 325 (1880).

¹¹⁰⁾ Achilles, 86, 87, Förster-Eccius, III, 607, Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, 51. ERC, 5, 321 (1881), 23, 251 (1888).

¹¹¹⁾ Meibom, VIII/2, 290.

¹¹²⁾ Pütter, Die Grundschuld des preuss. Gesetzes, über den Eigentums-erwerb etc. vom 5./5. 1872 v Magazin für das deutsche R. der Gegenwart, Bd. IV. V 78—153 Hannover 1884 (cit. podle Centralblatt für Rechtswissenschaft, IV, 206).

¹¹³⁾ Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, 98—100.

¹¹⁴⁾ ERC, 45, 185 (1899).

protest, kterým kdo své právo chránil,¹¹⁵⁾ podle zákona ze dne 5. května 1872 i záznam (Vormerkung),¹¹⁶⁾ i záznam obstarávky (Vormerkung des Arrestes).¹¹⁷⁾ Pohledávka, zástavou pojištěná, nebo část její¹¹⁸⁾ musí býti zaplácena nebo jinak (deposicí, ode vzdáním na místě placení, assignací, kompensací, vzdáním se atd.) vyrovnána nebo střetem věřitele a dlužníka v jedné osobě nabyta. Zaplacení nebo vyrovnání musí provéstí vlastník nebo spoluvlastník nebo za něho někdo jiný (n. př. vnučený správce, pojišťovací společnost při vyhoření).¹¹⁹⁾ Vlastník nabývá ji okamžikem, kdy pohledávku platil nebo jinak vyrovnal. To plyne již z § 52 dodatku a deklarace ze dne 3. dubna 1824. Zákon z 5. května 1872 to nezměnil.¹²⁰⁾ Slova § 64 „auf Grund der Quittung oder Löschungsbeiwillingung“ předpokládají zašlé již právo materiální. Kvitance a cesse jsou jen legitimací, které je potřebí pouze pro návrhy a změny v knize pozemkové.¹²¹⁾ Disponovati zaplacenou nebo vyrovnanou hypotekou na základě kvitance nebo výmazného prohlášení může jen zapsaný vlastník,¹²²⁾ který zaplatil nebo vyrovnal. Dřívější vlastník může to prováděti cessí. K cessi není oprávněn věřitel, jen vlastník. Ovšem může se státi také věřitelem, svolil-li k tomu vlastník.¹²³⁾ Kvitance a výmazné prohlášení, které bylo dáno dřívějšímu vlastníku, opravňuje nového vlastníka pouze ku výmazu.¹²⁴⁾

Vlastník může se svého práva disposičního vzdáti, zaváže-li se na př. při zápisu pozdější hypoteky, že hypoteku předchozí po jejím zaplacení vymaže.¹²⁵⁾ Vlastníková hypoteka není nová,

¹¹⁵⁾ Dr. Johannes Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901, 4. Viz též § 289 II pruského hyp. ř. z 20./12. 1783 a LR I 20, § 418.

¹¹⁶⁾ Biermann, 26.

¹¹⁷⁾ Meibom, VIII/2, 298.

¹¹⁸⁾ Také amortisací, viz Meibom, VIII/2, 293.

¹¹⁹⁾ Meibom, VIII/2, 294, Bendix 116/3 ERC. 47, 267 (1900).

¹²⁰⁾ Meibom, VIII/2, 295, Förster-Eccius, III, 610.

¹²¹⁾ Gruchot, 22, 782 (1877), Meibom, l. c. Bendix, 117/10.

¹²²⁾ § 64: „Der eingetragene Eigenthümer“ ve srovnání s § 63.

¹²³⁾ ERC, 38, 222 (1896), Förster-Eccius, III, 612, Bendix

117/10.

¹²⁴⁾ Förster-Eccius, III, 610.

¹²⁵⁾ ERC, 19, 59 (1887).

má pořadí staré, stejně třeba s nezaplacenou ještě částí.¹²⁶⁾ Poně-
vadž však výměna míst může se díti bez svolení vlastníkov,
mohou ji věřitelé právo vlastníkové poškoditi.¹²⁷⁾ Dluh pozem-
kový, na jeho jméno znějící, hypoteka, na jeho jméno přepsaná,
jemu napadlá a při konsolidaci na jeho jméno znějící, po pře-
vodu vlastnictví mu zůstávají.¹²⁸⁾

Hypoteka vlastníková jeví svůj účinek v dražebním, sekve-
stračním a konkursním rozvrhu.¹²⁹⁾ Předchází-li vymáhajícímu
věřiteli, třeba ji pojati do nejvyššího podání.¹³⁰⁾ Vlastníková
hypoteka je také předmětem postihu soukromých věřitelů vlast-
nickových.¹³¹⁾ Zájemné usnesení doručuje se vlastníkovi před pří-
klepem i po příklepu.¹³²⁾

Zákon ze dne 27. května 1873 pro Šlesvík a Holštýn připo-
juje vlastníkovu hypoteku na ústav otevřených folií. Jako o vyhra-
zených hypotekách může vlastník disponovati také prázdným
nebo vyhrazeným hypotečním místem. Při obou zapisují se v po-
zemkových knihách formule, že obnos, který se uvádí, stojí
k vlastníkově disposici. Zápisy takovéto jsou při zakládání kni-
hovního listu osvobozeny od kolků a poplatků.¹³³⁾

¹²⁶⁾ Meibom, VIII/2, 296, ERC, 2, 207 (1880).

¹²⁷⁾ ERC, 9, 251 (1883). Viz § 35 zák. z 5./5. 1872.

¹²⁸⁾ § 28, 64—66 zák. z 5./5. 1872.

¹²⁹⁾ Förster-Eccius, III, 612, Meibom, VIII/2, 295.

¹³⁰⁾ Meibom, VIII/2, 295.

¹³¹⁾ Meibom, VIII/2, 266, Förster-Eccius, III, 612.

¹³²⁾ ERC, 43, 431 (1899), Dr. L. Gaupp, Die Civilprozessordnung für
das Deutsche Reich. Tübingen u. Leipzig 1901, 639.

¹³³⁾ Gesetz über das Grundbuchwesen und die Verpfändung von See-
schiffen in der Provinz Schleswig-Holstein v. 27./5. 1873 § 22: Der Eigen-
thümer hat über leere von ihm vorbehaltenene Hypothekenstellen und über
die vor der Linie getilgten Hypotheken die Verfügung, wie über eine Hy-
pothek des Eigenthümers nach Massgabe des Gesetzes über den Eigenthums-
erwerb vom 5. Mai 1872.

§ 23: Die Übertragung der vorbehaltenen Stellen und der vor der
Linie getilgten Hypotheken in das Grundbuch geschieht mit der Formel:
No — — — Thlr. (Mark u. s. w.) mit . . . von Hundert verzinslich stehen
zur Verfügung des Eigenthümers.

§ 24: Wenn der Eigenthümer gleich bei Anlegung des Grundbuch-
blattes oder Artikels beantragt, die leeren Stellen oder die vor der Linie
getilgten Posten als Hypotheken oder Grundbuchschulden auf seinen Namen
einzutragen, so erfolgt diese Eintragung stempel- u. kostenfrei.

III.

Vlastníková hypoteka podle německého občanského zákoníka.**§ 5. Zákonodárné přípravy.**

Na podkladu pruském budovalo říšské zákonodárství německé. Říšská ústava ze dne 16. dubna 1871 (Art. 4/13) a zákon ze dne 20. prosince 1873 stanovily občanské právo jako společnou zákonodárnou věc říšskou. Usnesením ze dne 22. července 1874 zřídila spolková rada za tím účelem zvláštní komisi. Z porad jejích vyšla osnova občanského zákoníka pro německou říši z r. 1888.¹⁾ Chtěla zavést čtyři druhy zástavního práva: hypoteku bez hypotečního listu, zvanou také knihovní hypotekou (Buchhypothek), hypoteku s hypotečním listem, zvanou listovní hypotekou (Briefhypothek), zjišťovací hypoteku (Sicherungshypothek) a dluh pozemkový (Grundschuld).²⁾ Rozmanitými druhy hypoteky chtěl se šetřiti dosavadní místní vývoj.³⁾ Knihovní hypoteka byla stará obecnoprávní hypoteka akcesorická, ovšem se změnami, způsobenými hypotekou vlastníkovou. Vznikala a převáděla se zápisem v pozemkové knize. Zápis v knize chránila publicita.⁴⁾ Od knihovní hypoteky lišila se listovní hypotečním listem, jehož odezdáním se převáděla. Publicita přenášela se tu na list, který koloval mezi cessionáři.⁵⁾ Zjišťovací zahrnovala hypoteku úvěrní nebo kauční (Kredit-, Kautionshypothek), vnucenou (Zwangshypothek) a stavnou (Arresthypothek),⁶⁾ dluh pozemkový hypoteku samostatnou.⁷⁾

Při těchto všech druzích zástavního práva mohlo dojíti ku vlastníkově hypotece. Osnova pojem její precisovala. Měla naň vliv pruská praxe, rozeznávající, kdy je vlastník osobním dlužníkem a kdy není. Platil-li vlastník dluh, který sám dlužen nebyl,

¹⁾ Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig. 1888, III a násl.

²⁾ L. c., 241—260, §§ 1062—1144.

³⁾ Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, III, 267, Gutachten Levy, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888, III, 603, 608, 609, 617.

⁴⁾ L. c., § 1083, Motive, III, 608, 617, 633 a násl.

⁵⁾ Motive, III, 616, 742 a násl.

⁶⁾ Motive, III, 619—628, 764 a násl.

⁷⁾ Motive, III, 604 a násl., 779 a násl.

vstoupil v právo věřitele, nabývá jeho pohledávku a zároveň její accessorium, zástavní právo. Platil-li vlastník dluh, který byl dlužen, střetl se osobní dluh s vlastnictvím, na němž byl pojištěn. Dluh zanikl a vzešla vlastnickova hypoteka.⁸⁾ Střetl-li se dluh jen svou částí s vlastnictvím, připadala i hypoteka vlastníkovu jen částečně.⁹⁾ Při zjišťovací hypotece osnova vlastníkovu hypoteku vyloučila, platí-li pohledávku vlastník jako osobní dlužník. Sloužit vlastnickova hypoteka, jak to motivy nedostatečně vysvětlují, úvěru, hypoteka zjišťovací však tohoto účelu nemá.¹⁰⁾ Dluh pozemkový stane se vlastnickovým dluhem pozemkovým (Eigentümergrundschuld) hned, jak se na jméno vlastníkovu zřídí, anebo později, dá-li si jej vlastník na sebe přepsati.¹¹⁾

Dluh pozemkový je základní tvar vlastnickovy hypoteky. Osnova ji zaň považuje. Mohla proto předpisům o dluhu pozemkovém býti podrobena. Přes to jest hypotekou, která svého původu nemůže zapřítí. Je hypotekou, ale zvlášť kvalifikovanou hypotekou. Obrana, že pohledávka zanikla, jest proti ní vyloučena. Osnova pořádá ji zvláštními předpisy.¹²⁾ Osnova odmítá proto jiné náhledy o konstrukci vlastnickovy hypoteky. Tak zejména pruský, že nabývá se původní pohledávka. Veděť jeho strojenost

⁸⁾ § 1094: Die Hypothek erlischt dadurch nicht, dass der Gläubiger von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes befriedigt wird. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (E i g e n t h ü m e r h y p o t h e k). Die Eigenthümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten. Die Übertragung tritt in beiden Fällen mit der Befriedigung kraft des Gesetzes ein. § 1097: Erlischt die Forderung dadurch, dass sie und die Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes sich vereinigen, so bleibt die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen. Srovn. s tím § 291, dle něhož obligační právo při konfusi zaniká a § 835, dle něhož právo věcné na pozemku při konfusi dále trvá.

⁹⁾ Motive, III, 733.

¹⁰⁾ § 1128, Motive, III, 766. Zapomnělo se tu na kauční hypoteku.

¹¹⁾ § 1142: Die Grundschuld kann auch für den Eigenthümer des Grundstückes begründet werden. Zu der Begründung ist die gegenüber dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung des Eigenthümers, dass die Grundschuld auf seinen Namen in das Grundbuch einzutragen sei, und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Motive, III. 792 a násl.

¹²⁾ Motive, III, 729.

ku mnohým pochybnostem, jež nelze zákonem rozřešiti a neuspokojuje také praksi. Osnově nezamlouval se také náhled, že vlastníkovu hypoteka zůstává a že může ji pro novou pohledávku nebo pro dluh pozemkový použiti. Dostáváť hypoteka změnou pohledávky v podstatě jiný obsah, kterým zadním právům může způsobena býti újma.¹³⁾ Vlastník převádí ji sice na jiné, jako se zapsané pohledávky převádějí, ale jen s obsahem, jaký měla v jeho ruce, tedy jako dluh pozemkový, třeba by nominelně ještě zůstal hypotekou. Převodem nespojí se s ní žádná nová pohledávka.¹⁴⁾ Zaváže-li se vlastník při převodu hypoteky ku placení sumy při hypotece zapsané, přistupuje tato pohledávka ku hypotece, tato se však nestane jejím akcesoriem, nýbrž zůstane i dále samostatnou.¹⁵⁾

V mnohém i vlastníkovu hypoteka osnovy byla jen pokračováním pruské vlastníkovy hypoteky. Tak zejména žádalo se pro vlastníkovu hypoteku, aby byla zaplacená platná pohledávka. Nebylo-li ji, nevzešla hypoteka a nemohla vlastníkem býti nabyta. Jen pozemková kniha je tu nesprávná a každý, kdo má na tom zájem, může žádati za její opravu.¹⁶⁾ Jako v pruské praxi měla se i podle osnovy nabýti hypoteka uspokojením věřitele. Motivy odmítly převod zápisem. Rozhodly se pro okamžik, kdy věřitel byl uspokojen, ať již byl vlastník zároveň dlužníkem, kde tedy podle motivů šlo o pravou vlastníkovu hypoteku,¹⁷⁾ anebo ať dlužníkem nebyl.¹⁸⁾ Nabýti toho děje se „Kraft des Gesetzes“,

¹³⁾ Motive, III, 728, 729.

¹⁴⁾ § 1100: Die Übertragung der Eigenthümerhypothek bestimmt sich nach den Vorschriften, nach welchen die Übertragung der eingetragenen Forderung sich bestimmte. Durch die Übertragung der Eigenthümerhypothek wird mit derselben eine neue Forderung nicht verbunden.

¹⁵⁾ Motive, III, 735.

¹⁶⁾ Motive, III, 726.

¹⁷⁾ Motive, III, 730: In dem geltenden Rechte überwiegt die Auffassung, dass es einer Abtretung der Hypothek an den Eigenthümer nicht bedarf, der Rechtsübergang vielmehr eine unmittelbare Folge der Befriedigung des Gläubigers ist. Diese Lösung gewährt den Vortheil, dass sie die Frage, wem das für den Gläubiger erledigte Recht in der Zeit bis zur Eintragung der Übertragung zustehen soll, abschneidet und, wenn der befriedigte Gläubiger in der Zwischenzeit zu Gunsten eines dritten verfügt, dem Eigenthümer den Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches wenigstens dann auch gegen den Dritten giebt, wenn dieser vor seiner Eintragung Kenntnis von der Befriedigung des bisherigen Gläubigers erlangt hat.

¹⁸⁾ Motive, III, 727; Wollte man den Übergang von einer Abtretung

tedy jakoby šlo ještě o pruskou cessi staré pohledávky. Je-li vlastník jako solidární dlužník jen k dílu pohledávky povinen, nabývá zaplacením celé pohledávky v příčině dlužného dílu jen hypoteky, v příčině ostatního dílu s hypotekou i pohledávky.¹⁹⁾ Hypoteky nabývá také vlastník, který neznámého věřitele, složiv valutu pohledávky k úřadu, veřejným vyzývacím řízením z hypo-

des befriedigten Gläubigers und also auch von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machen, so würde dies allerdings mit den Vorschriften der §§ 1086 und 1087 über die rechtsgeschäftliche Übertragung in Einklang stehen. Aber der Eigenthümer würde dann durch die Befriedigung des Gläubigers auch nur den obligatorischen Anspruch gegen denselben erlangen, dass die Eintragung der Übertragung bewilligt werde, und dieser Anspruch könnte, wenn vor der Eintragung die Forderung von dem befriedigten Gläubiger oder im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben auf einen Dritten übertragen würde, gegen den Dritten überhaupt nicht und, wenn inzwischen der befriedigte Gläubiger in Konkurs geriethe, gegen die Konkursgläubiger nur auf Entschädigung gerichtet werden. Dieses Ergebniss mag auch der Auffassung entsprechen, dass der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, um die Forderung zu erwerben. Der Billigkeit gegen den Eigenthümer aber entspricht es nicht. Das Gesetz könnte freilich dem Eigenthümer dadurch gerecht werden, dass es den Anspruch desselben auf Übertragung gegen den Dritten, wenn diesem die Befriedigung des Gläubigers bei der Erwerbung bekannt gewesen wäre, und auch gegen die Konkursgläubiger zuliesse. Allein eine solche Lösung wäre wenig angemessen, weil sie nicht blos höchst umständlich sein, sondern mit dem gegen Dritte und im Konkurs wirksamen Ansprüche zugleich eine dem Entwurfe sonst fremde Kategorie von Ansprüchen in das System des Sachenrechtes einführen und obendrein das in der Konk. O. § 2 ausgesprochene Prinzip der gleichmässigen Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners verletzen würde. Wird dagegen mit dem § 1094 Abs. 4 vorgeschrieben, dass die Hypothekenforderung kraft des Gesetzes auf den Eigenthümer übertragen wird, so werden die gedachten Unzuträglichkeiten vermieden. Es bedarf dann keiner besonderen Vorschriften zum Schutze des Eigenthümers. Weigert sich der befriedigte Gläubiger, die Eintragung des Überganges zu bewilligen, so kann der Eigenthümer um sich gegen Verfügungen zu Gunsten Dritter zu sichern, eine Vormerkung gemäss § 844 in das Grundbuch eintragen lassen; der ihm im § 843 zustehende Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches findet im Falle des Konkurses in Gemässheit der Konk. O. § 35 zweifellos auch gegen die Konkursmasse statt. Der Übergang der Forderung kraft des Gesetzes entspricht überdies der Regelung des analogen Verhältnisses der Bürgschaft in dem § 676 des Entwurfes. Dass er zugleich die Übertragung der Hypothek auf den Eigenthümer vermitteln muss, ist eine nicht abzuweisende Konsequenz des Grundsatzes, welcher in dem § 1086 zur Anerkennung gelangt ist.

¹⁹⁾ Motive, III, 730.

teky vyloučí.²⁰⁾ Po 30 letech docílí se však vylučovacím rozsudkem při zaniklé pohledávce proti neznámému věřiteli toliko výmaz pohledávky. Hypoteka se nezíská.²¹⁾

Z pruského práva vzata též jednota vlastnickovy hypoteky simultánní. Vlastník, který pohledávku zaplatí, nabývá hypoteky na všech spoluzavazaných objektech.²²⁾

Osnova rozřešila pochybnosti pruského práva²³⁾ o pořadu vlastnickovy hypoteky s hypotekou za nezaplacenou část pohledávky. Vlastnickova hypoteka nemůže být vykonána na její úkor a má pořad až za ní.²⁴⁾ Osnova nemohla ponechatí volnému počínu věřitele, aby si přednost nezaplaceného zbytku vyhradil, ježto převod pohledávky provádí se bez jeho vůle.²⁵⁾

Pozemková kniha, když vlastník uspokojením věřitele hypoteky nabyt, musí být opravena. Za tím účelem musí věřitel vydati vlastníkovu všechny k tomu potřebné listiny.²⁶⁾

Z pruského práva přešel do osnovy také obsah vlastnickovy hypoteky. Vlastník může ji likvidovati při dražebním řízení a v nucené správě. Sám však ani dražbu, ani v nucenou správu pro svou hypoteku nemůže zahájit.²⁷⁾ Původní pohledávka, třeba zanikla, radikuje na vlastnickovu hypoteku i své úroky i způsob placení úroků a kapitálu. Úroky podle motivů může vlastník teprve žádati, když se mu nucenou správou užívání pozemků odejme.²⁸⁾ Původní pohledávka i potud vtiskuje vlastnickové hypotece svůj charakter, že nerozšiřuje ji i na zadržené úroky a útraty, jimiž se pohledávka vymáhala.²⁹⁾

²⁰⁾ § 1104, Motive, III, 740 a násl.

²¹⁾ § 1103, Motive, III, 738 a násl.

²²⁾ § 1094 v pozn. 8.

²³⁾ Meibom, VIII/2, 296.

²⁴⁾ § 1095: Wird der Gläubiger von dem Eigenthümer nur wegen eines Theiles der Forderung befriedigt, so finden in Ansehung dieses Theiles die Vorschriften des § 1094 mit der Massgabe Anwendung, dass der Eigenthümer die Übertragung nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend machen kann, insbesondere dem Gläubiger in Ansehung des anderen Theiles der Vorrang zusteht.

²⁵⁾ Motive, III, 730.

²⁶⁾ § 1096, Motive, III, 731.

²⁷⁾ §§ 1098, 1099, 1076.

²⁸⁾ §§ 1098, 1099, Motive, III, 734. Viz pro pruské právo Meibom, VIII/2 290.

²⁹⁾ § 1101, 1090, 1066, Motive, III, 736.

I při principu pevných míst zůstala osnova na pruském stanovisku. Na místo jednou vymazané nemůže žádná nová hypoteka býti zapsána.³⁰⁾ Osnova nepřijala teorie hodnot, některými právníky hájené. Hodnota různě zavazeneho pozemku není rozdělena na dílce, jež zánikem pohledávky vyprošťují se z hypoteky a připadají ku nové dispozici vlastníkově. Podle osnovy je věc ve své totalitě se všemi svými díly postižena. Hypoteka přední staví hypoteku zadní, aby plně mohla se rozvinouti. Zanikne-li přední hypoteka, pomíjí toto stavení a zadní hypoteka nabývá lepšího pořadu, postupuje do předu. Pro osnovu nebylo důvodu, aby šla dále, než co jí skýtá vlastníková hypoteka. Z té příčiny nepřijala také výhrady místa.³¹⁾

§ 6. Právnícké sjezdy a literatura.

Dvacátý právnícký sjezd německý r. 1889 ve Strassburku zabýval se osnovou. Kladl si otázku, zda je podržeti všechny druhy práva zástavního, které osnova zavéstí zamýšlí. Ke sjezdu došlo dobrozdání od justičního rady M. Levyho.³²⁾ Vyslovilo se pro dva druhy práva zástavního: listovní hypoteku jako čistě věcnou peněžní pohledávku spolu s vlastníkovou hypotekou a zjišťovací hypoteku bez hypotečního listu jako accessorium peněžní pohledávky osobní. Osnova, jak uvedeno, označuje vlastníkovou hypotekou jen ty případy zániku pohledávky zaplacením nebo konfusi, kde vlastník byl osobním dlužníkem. Levy odporučuje toto jméno pro všechny případy, jak je to v Prusku obvyklo. Na základě své 25-leté praxe odporučuje i námitkám z kruhu právních zástupců. Kde existuje, osvědčila se vlastníková hypoteka a přešla z pruského práva do mnohých práv partikulárních.³³⁾ Na sjezdu vystupuje Dernburg jako referent pro jednotnou hypoteku. Nechť dá se jí, co je na pozemkovém dluhu dobrého a zhodí se z ní, co ji činí těžkopádnou. Nechť zavede se hypoteka listovní. Vlastníkově hypotece odporují jen předsudky, které vycházejí z římského práva. Referent diví se, že osnova nepřipouští vlastnickovy hypoteky i při zjišťovací hypotece.³⁴⁾ Někteří

³⁰⁾ § 1102.

³¹⁾ Motive, III, 736 a násl. Viz též tamže str. 204.

³²⁾ Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1889, III, 261 a násl.

³³⁾ L. c. 270.

³⁴⁾ L. c. IV, 289 a násl.

ze sjezdových řečníků vyslovili se na to pro osnovu, někteří pro podržení hypoteky knihovní.³⁵⁾ Poněvadž nezbyvalo dosti času, aby věo byla všestranně uvážena, odročena byla ku příštím právnímu sjezdu.³⁶⁾ Byl to až sjezd 22. K otázce reformy hypotekárního práva došla k němu dvě dobrozdání prof. Dra Frant. Kleina z Vídně³⁷⁾ a říš. soudního rady z Lipska.³⁸⁾ První z nich vyslovil se pro knihovní, druhý pro knihovní a listovní hypoteku. Na sjezdu jednáno o reformě v obšírných debatách.³⁹⁾ Gierkem navržena ještě nová forma „dluh důchodový (Rentenschuld)“⁴⁰⁾ I na stinné stránky navrhovaných forem ukazováno. Dluh pozemkový skrývá svůj materiální základ. Je zejména venkovskému obyvatelstvu nebezpečný. Podvod lze stíhati žalobou až příliš pozdě. Její výsledek rovná se za často milosti, která dojde odsouzeného až po popravě. Pozemkového dluhu používalo se i v Prusku málo, skoro výhradně jen pro veliké místní operace. Při něm a při listovní hypotece překládá se princip publicity z pozemkové knihy do listu. Ne z pozemkové knihy, jen z listu poznává se, kdo je věřitelem. Nezná ho často ani dlužník, aby mu mohl platiti úroky, ani exekuční soudce, aby mu mohl exekuční usnesení doručiti. Bez listu nelze pohledávku převésti, zastaviti a vymazati.⁴¹⁾ Předpisy osnovy o vlastníkovi hypotece nezdály se býti dosti široké. Žádalo se, aby vlastník i v jiných případech, než jak osnova navrhovala mohl ji disponovati, tak při výmince a kauční hypotece. Vlastníkovi má býti povoleno, aby hned při prvním zápisu jako dluh pozemkový mohl si ji zříditi.⁴²⁾ Byla by tím sice třeba zápůjčka u prvního držitele fingována, ale ku žádné přece škodě. Fingovaná zápůjčka stala by se v druhé ruce zápůjčkou skutečnou.⁴³⁾ Zatím přijata byla již osnova v druhém čtení. To snad mělo i vliv na jednání sjezdu.⁴⁴⁾

³⁵⁾ L. c. 269 a násl.

³⁶⁾ L. c. 277.

³⁷⁾ Verhandlungen des zweiundzwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1892, I, 431.

³⁸⁾ L. c. 491.

³⁹⁾ L. c., IV, 22—55.

⁴⁰⁾ L. c., IV, 30.

⁴¹⁾ L. c., IV, 40.

⁴²⁾ L. c., 48.

⁴³⁾ L. c., 51.

⁴⁴⁾ L. c., 23.

Přijal většinou hlasů formy osnovy, připojiv k nim dluh důchodový.⁴⁵⁾

Osnova byla přetřásána také v literatuře. Vlastnickova hypoteka označovala se jako institut plný právních nesnází. Rozsudky, které o ní vycházejí, náležejí k nejneutěšenějším zjevům právnickým. Navrhovalo se, aby se obmezila jen na případy, kde ji římské právo připouštělo, ale ani v plném toho rozsahu. Vlastník měl mít právo na zaplacený obnos předchozí pohledávky, nebyli-li zadním věřitelům osobně zavázán, a to platiti mělo i pro konfusi.⁴⁶⁾ Z advokátního stavu označovala se vlastnickova hypoteka jako právníký „nonsens“. Je v nesmířitelném sporu s hypotékou, odporem sobě samé, na výsměch každému vřadění v nějaký druhový pojem. Není žádné platební povinnosti vůči sobě samému a žádného zpeněžení věci vůči sobě. Zákonodárce může sice důsledek práva zlomit, má však hranici, kterou mu logika předepisuje. Nemůže naříditi, co je logicky nemožno. Ještě více než vlastnickova hypoteka je pojmově nemožný i její bratr, vlastníkův dluh pozemkový. Je nemožné, aby někdo byl povinen, by sám sobě platil. V stejném dechu, v němž tyto výtky se pronášely, navrhovalo se však, aby zákonodárce pozitivním předpisem vzestup zadních věřitelů zabránil. Zadní hypoteky skytly by pak pouze nárok na podíl dražebního výtěžku, který není předními hypotekami vyčerpán. Vymazané místo zůstalo by pro nové obtížení volné.⁴⁷⁾ Právě z důvodu vlastnickovy hypoteky odporučovala se osnovou odmítnutá výhrada míst. Vždyť vlastnickova hypoteka, ukazovalo se, není nic jiného než uměle zakuklená tato výhrada. Všechny důvody, kterými motivy podpirají vlastnickovu hypoteku, jsou důvody pro výhradu místa. Hypoteka jako věčné obtížení pozemku ve prospěch vlastníka, je přece jenom pouhá fikce. Co ve skutečnosti trvá, jest jen objektivní kvalifikace nemovitostního jmění, z něhož díl určitého pořadí se pro případ, bude-li zástava zpeněžena, vylučuje a disposici vlastnickově zachovává. Je-li vlastnickova hypoteka něčím více než technická forma zachovaného otevřeného místa (Offenhaltung der

⁴⁵⁾ L. c., 55.

⁴⁶⁾ AbR (Archiv f. bürgerl. Recht) 1889, II. O. B ä h r, Ein weiterer Beitrag zum bürgerl. Gesetzbuch, 161, 167—170.

⁴⁷⁾ AbR, 1891, H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, 45 a násl.

Stelle), pak je výtwarem, který odporuje sám sobě. Neporušitelnost dogmatu zdá se býti sice zachována, ale jurisprudence nutí ku lživým konstrukcím. Jednodušší a rozumnější byl by právní řád, který by vyslovil, že po zániku věcného až do definitivního výmazu v knize pozemkové zůstává uvolněné místo vlastníku otevřeno a že může je zase zadlužiti. Jako zvláštní forma, kterou se právo na určitém místě zachovává, může se vždy ještě vlastníkovou hypoteka připustiti. Třeba však vysvětliti, že spočívá na onom všeobecném principu. Ukáže-li se, že princip tento nedá se srovnati s ostatními principy, třeba od nich upustiti. Zákoník, který je pro staletí určen, nemá za úkol, aby se křečovitě „dosavadních“ školních pojmů držel a povstalé díry systému příštipkářsky vyspravoval. Myšlenku právního vývoje má rozvinouti volně a samostatně. Institut výhrady míst není, jak motivy se domnívají, zbytečný. Vyzývacím řízením může vlastník podle § 1104 pohledávku po 30 letech jen vymazati, nikoli však ji nabýti. Místa jejího může nabýti toliko tehdy, tvrdí-li, že pohledávka existuje. Tu třeba její valutu složiti k úřadu.⁴⁸⁾

Proti hlasům, které odporovaly vlastníkově hypotece, byly hlasy, které ji obhajovaly a také dluh pozemkový, jenž z ní vyšel.⁴⁹⁾ Uvádělo se, že v severoněmeckém hypotečním právu nelze ji postrádati. Zákonodárství vykáralo ji ve svých zákonech místo, třeba by konstrukce její byla těžká. Dluh pozemkový provádí jen důsledek právní myšlenky, kterou vlastníkovou hypoteka vyjadřuje: již od prvopočátku lze pozemek obtížiti, aniž by tu bylo nějakého vztahu k osobní pohledávce.⁵⁰⁾

Kruhy agrární se proti vlastníkově a dluhu pozemkovému vyslovily. Nové formy hypotekárního úvěru nemají se zaváděti.⁵¹⁾ Za to pozvedly svůj hlas pro dluh důchodový, který také teorie odporučovala.⁵²⁾ Pruské zákonodárství zavádělo tehdy právě

⁴⁸⁾ Schomllers Jahrbuch, 13 (1899), Otto G i e r k e, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches und das deutsche Recht, 745 a násl.

⁴⁹⁾ Beiträge zur Erläuterung u. Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 14., Dr. Johannes K r e c h. Die Rechte an Grundstücken, 112.

⁵⁰⁾ L. c., 115.

⁵¹⁾ L. c., 115.

⁵²⁾ Schmollers Jahrbuch, 13 (1889) 18, G i e r k e, Der Entwurf, 15 (1891) 817, K l e m m, Die Rentenhypothek, AbR, 13 (1897) Brettner, Die Renten-

rentové statky v západních Prusech a v Poznaňsku z protipol-
ských snah hakatistických.⁵³⁾

§ 7. Dokonané dílo v občanském zákoníku.

Dne 4. prosince 1899 usnesla se německá spolková rada, aby se osnova německého občanského zákoníka podrobila druhému čtení a aby za tím účelem nová komise byla zřízena. Komise tato sestávající z právníků a zástupců různých hospodářských zájmů, skončila r. 1895 svůj úkol.⁵⁴⁾ Ovocem jeho byla osnova II. čtení.⁵⁵⁾ Říšský kancléř předložil tuto osnovu spolkové radě, která odkázala ji justičnímu výboru. Na návrh jeho byla osnova r. 1896 spolkovou radou schválena a říšskému sněmu spolu se zvláštním pamětním spisem říšských justičních úřadů předložena. Říšský sněm přikázal ji zvláštní komisi a po jejích opravách ukončil její čtení 1. ledna 1896. Když byla dne 14. července dala spolková rada usnesenému zákoníku své svolení, byl dne 24. srpna 1896 v říšském zákoníku publikován.⁵⁶⁾

Vlastnickova hypoteka, jak upravena byla osnovou druhého čtení, tak přešla do osnovy, která říšskému sněmu byla předložena a tak také do občanského německého zákoníku. Totéž platí o formách práva zástavního. Jsou to hypoteka, dluh pozemkový a rentový. Při všech vydává se list, jehož odevzdání právo z nich se nabývá.⁵⁷⁾ Při všech může se vydání jeho vyloučiti. Z hypoteky listovní stane se tím hypoteka knihovní.⁵⁸⁾ Jako zvláštní druh hypoteky přijata přísně akcesorická hypoteka zjišťovací (Sicherungshypothek) pro papíry na řád a papíry majiteli svědčící, pro nejvyšší obnosy (Höchst-, Maximal-, Ultimatschuld im B. G. B. und in seinen Nebengesetzen, 308, Georg J o h l, Die Rentenschuld nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Inaug.-Diss., Univ. Greifswald, 9 a násl.

⁵³⁾ Schmollers Jahrbuch, 15, 821.

⁵⁴⁾ Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1890, 2, R e a t z, Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, I, Berlin 1894, V.

⁵⁵⁾ R e a t z, I. c., viz též Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Beilageheft, 1892, 1893, 1894, 1895.

⁵⁶⁾ P l a n c k s Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, I, Berlin 1913, XXXIV a násl.

⁵⁷⁾ § 1026 o. II (= osnovy II. čtení) = § 1100 oř (= osnovy předložené říšsk. sněmu) = § 1117 noz (= něm. obč. zákoníku).

⁵⁸⁾ 1025 o II = 1099 oř = 1116 noz.

hypothek), ku provedení exekuce a obstarávky. Při ní se list nevydává.⁵⁹⁾ Při ní princip důvěry nebo veřejné víry neúčinkuje. Vše řídí a určuje se pouze podle pohledávky.⁶⁰⁾

Dluh pozemkový, který z vlastnickovy hypoteky vyšel, vzešel nyní na svá bedra. Nemá žádného zjevného vztahu ku nějaké pohledávce. Je pouze reální zavazení pozemku, které vlastník kdykoli sám může způsobiti. Na něho může hned z počátku dluh pozemkový býti zapsán⁶¹⁾ a s jiného oprávněného na něho zase spadnouti. Poněvadž dluh pozemkový přece jen pojmově má býti dluhem kohosi jiného než vlastníka, je spojení jeho s vlastníkem stav mimořádný, a teorie označuje na způsob vlastnickovy hypoteky i dluh pozemkový jako pozemkový dluh vlastníkův (*Eigenthümergrundschuld*).⁶²⁾ Dluh pozemkový měl býti důsledně při úpravě hypotekárního práva východiskem. Měl mu státi v čele. Pro význam, jaký dosavad měla akcesorická hypoteka, dostala se v čelo tato. Předpisy, které o ní platí, zejména také všechny předpisy o vlastnickově hypotece, platí také o dluhu pozemkovém.⁶³⁾ Dluh pozemkový je povahou svou roveň dluhu rentovému. U prvního je plnění jediné, u druhého se plnění opakuje. V bezprostřední souvislosti dluhu pozemkového jedná proto něm. obč. zákoník také o dluhu rentovém. Při něm musí býti uvedena suma výplaty (*Ablösungssumme*).⁶⁴⁾ Výplata tato jest pouze vlast-

⁵⁹⁾ §§ 1184—1190, *Dernburg*, III, 703 a násl.

⁶⁰⁾ ABR, 1906, 2, *Anton Koban*, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

⁶¹⁾ § 1196: Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden. Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, dass die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.

⁶²⁾ *Endemann*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Berlin 1900, 527.

⁶³⁾ § 1192: Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

⁶⁴⁾ § 1199: Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, dass in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (*Rentenschuld*). Bei der Bestellung der Rentenschuld muss der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die *Ablösungssumme* muss im Grundbuch angegeben werden.

níkovi volna.⁶⁵⁾ Výplatou touto povstane vlastníkův dluh rentový (Eigentümerrentenschuld).⁶⁶⁾

Dluhem pozemkovým je i vlastnickova hypoteka bez osobní pohledávky.⁶⁷⁾ Jako to bylo dříve v právu pruském při osobní pohledávce, která se i se svým právním důvodem na hypoteku radikovala, byl nyní radikován na vlastnickovu hypoteku i způsob placení, míra úroková, výpověď, čas a místo platební z akcesorické hypoteky.⁶⁸⁾

Vydání německého občanského zákoníka musilo míti v zápětí změnu mnohých předpisů procesních a exekučních. Z porad o nich vyšla novela ze dne 17. května 1898.⁶⁹⁾ Vzhledem ku § 1163 n. z. o. připojen k právnímu řádu nový § 868. Zruší-li se rozhodnutí, jež se má vykonati, nebo prohlásí-li se exekuce za nepřípustnou anebo zastaví-li se, nabývá hypoteky vlastník.⁷⁰⁾ Totéž platí i při zrušených aktech exekuce stavné (Arrest).⁷¹⁾

Teorie a praxe vyvíjejí na předpisech něm. obč. zákoníka vlastnickovu hypoteku dále.

Vlastnickova hypoteka v širším smyslu může se vyskytovat i při hypotece, dluhu pozemkovém a rentovém. Jak již uvedeno, vyšel při ní zákon z akcesorické hypoteky. Ta, jsouc v knize

⁶⁵⁾ § 1201.

⁶⁶⁾ 1200, 2. odst.: Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld. Viz též Georg J o h l, Die Rentenschuld nach d. deutschen Bürgergesetzbuch. Inaug. Diss. Greifswald 1902, 59.

⁶⁷⁾ § 1177. Viz níže pozn. 101.

⁶⁸⁾ BGB (Das bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes erläutert von . . . Reichsgerichtsräten) § 1163/3, § 1177.

⁶⁹⁾ G a u p p - S t e i n, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, Tübingen u. Leipzig 1901, I, 12 a násl., G r o t e f e n d, Das gesammte preussisch-deutsche Gesetzgebungs-Material, 1898, 202 a násl.

⁷⁰⁾ § 868: Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek. Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. G a u p p - S t e i n, II, 671.

⁷¹⁾ G a u p p - S t e i n, II, 777, § 932 n. a. ř.

pozemkové zapsána, jest jejím základem.⁷²⁾ Pozemkový nebo rentový dluh, zapsaný hned z prvopočátku na vlastníka, měl by tu ukazovati cestu. Měl by stačiti pouhý zápis hypoteky, který stal se s vůlí vlastníka. Praxe však lpe na slově zákona. Žádá podle §§ 873 a 1113 něm. obč. z., aby zápis byl pravoplatně sjednán mezi vlastníkem a věřitelem. I považuje hypoteku za neplatnou a odporovatelnou třeba jen z vady, která byla pouze na straně věřitele, na př. pro jeho nezpůsobilost k právnímu jednání, pro omyl a podvod.⁷³⁾ Neplatná hypoteka, na př. zřízená plnomocníkem šileneho, stane se platnou teprve důvěrou v pozemkové knihy a může pak v dalším důsledku vésti ku vlastníkově hypotece.⁷⁴⁾ V souvislosti s pruskou praxí a také teorií musí stačiti i záznam (Vormerkung) dle § 883 n. o. z., aby se hypoteka založila.⁷⁵⁾ Považuje-li se však německý záznam pouze za osobní nárok, aby se hypoteka zřídila, pak se jí hypoteka nenabývá a také ani vlastníková hypoteka.⁷⁶⁾ Způsobilým základem je také hypoteka zjišťovací v řízení exekučním a stavném, jestliže se akty zjišťovací, exekuce nebo obstarávka zruší, za nepřípustné prohlásí, zastaví nebo po složení jistoty odvrátí.⁷⁷⁾ Při zjišťovací hypotece pro papíry na řád a na maji-

⁷²⁾ Bruck, 165.

⁷³⁾ BGB, Kommentar von Landgerichtsräten, I., § 1163/1 § 1177/1 DJZ, 1910, 120. Spruchsammlung, 247, § 1177. Jinak správně Gr. Beitr. 47, 328 Oberneck. V každém úvěrním závazení pozemku dává vlastník na jevo svou vůli, že chce položku eventuálně jako svou hypoteku nabýti. Viz též Dr. Curt Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs, 1899, 31 dle recenze Paula Oertmanna v ABR, XVIII (1900), 391. Dr. Carl Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts, III, Tübingen 1905, 740 nechává sanovati neplatné právo zástavní souhlasným míněním stran při pozdějším zastavování, že místo, neplatným zástavním právem zaujaté, je obsazeno. Obsazení působí proti nim jako výhrada pořadu. Důmyslně rozhoduje spor Dr. Otto Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der pfandrechtlichen Dogmatik. I, Leipzig 1914, 335. Vlastník měl úmysl učiniti o svém reálném úvěru disposici. Tak, jak to zamýšlel, jest však dispositio jeho neplatna. Poněvadž je zde však návrh a zápis, musí dispositio jako vlastníkův dluh pozemkový býti zachována.

⁷⁴⁾ ERC, 69, 268 (1908).

⁷⁵⁾ AbR, 23 (1904), W. Othmer, Bemerkungen zu §§ 883, 886, 887, 1163 BGB, 169 a násl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 196, Bruck, 170 a násl. Jinak Gr. Beitr. 47, 324, Oberneck.

⁷⁶⁾ BGB, § 883/8, ABR, XXII (1903), Dr. Oskar Priester, Die alte und die neue Vormerkung, 180/16.

⁷⁷⁾ BGB, § 1163/1, G a u p p - S t e i n, Die Civilprocessordnung für das

tele jenom tehdy, pokud je papír v rukou vlastníka hypoteky anebo do jeho ruky se vrátí anebo zničí anebo za neúčinný prohlásí.⁷⁸⁾ Při zjišťovací hypotece za nejvyšší obnos podle teorie ihned, nezmaří-li ji vznik pohledávky, podle praxe je-li jisto, že z poměru mezi stranami věřitele již žádná pohledávka nevzejde.⁷⁹⁾ Základem pro vlastnickou hypoteku může být také hypoteka simultanní (Gesamthypothek), o níž platí zvláštní předpisy.⁸⁰⁾ Též amortisační, pokud ji statuty hypotečních ústavů neobmezují (čl. 167 uvoz. z. k obč. zák.).⁸¹⁾ Nezpůsobila je však hypoteka za zadrželé platy, úroky a útraty, které kauční hypotekou se zjišťují.⁸²⁾

Důvodem vzniku vlastnickovy hypoteky je volnost hypoteky, je-li prosta všeho svazku s pohledávkou. Je to, buď že se vůbec do tohoto svazku nedostala nebo z něho vyšla. V obou skupinách jsou zase možny dva případy. Pohledávka existuje nebo vůbec ještě ani neexistuje. Podle § 1117 n. o. z. nabývá věřitel hypoteky teprve tehdy, až se mu vydá list hypoteční. Pokud má vlastník list tento ve svých rukou, nevstupuje hypoteka ve svazek s pohledávkou, nýbrž náleží vlastníkově.⁸³⁾ Pohledávka však již existuje. Hypoteka nedostane se dále do svazku s pohledávkou, poněvadž tato pohledávka ještě neexistuje. Případy tyto mohou být různé. Valuta při zápůjčce se nevyplatila, odkládací výmínka nesplnila, právní jednání bylo neplatné nebo bylo odporem zvrženo. Jak výše již uvedeno, táhne praxe někdy tyto účinky na samu hypoteku.⁸⁴⁾ I hypoteka podle dřívějšího práva neplatná, ku př. nevaluovaná hypoteka pruská, stala se podle čl. 192 civ.

Deutsche Reich, II, 671 a násl., § 868 civ. ř. soud. 777, § 932, Bruck, 178. Zápis ovšem nesmí být zmatečný, viz Friedrich Stein, Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, II, 1913, 753. Takový jest exekuční neb stavný zápis po vyhlášení konkursu, JDR (Jahrbuch f. d. R.), 12, 306.

⁷⁸⁾ Bruck, 179.

⁷⁹⁾ BGB, § 1163/1, JDR, 11, 393.

⁸⁰⁾ BGB, § 1163/1 §§ 1172—1175.

⁸¹⁾ BGB, § 1163 odst. 2, JDR, 11, 381, 382.

⁸²⁾ BGB, § 1163/1, Bruck, 184.

⁸³⁾ Gruchot, Beitr., 50 (1906), Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, praví tu pro první případ, že věřitelova hypoteka materiálně (materielle Gläubigerhypothek) nepovstala (§ 1163: Die Hypothek steht dem Eigentümer zu), pro druhý případ, že věřitelova pohledávka materiálně povstala, ale není vymazána. (Der Eigentümer erwirbt die Hypothek).

⁸⁴⁾ BGB, § 1163/2, DJZ, 1904, 29, KG (Kammergericht). 14/12 1993.

zák. hypotekou vlastníkovou.⁸⁵⁾ Z povahy věci plyne, že při pohledávkách, které vznikají teprve v budoucnosti, povstane jakýsi neurčitý stav, který rozhodne buď dispozice vlastníkovou nebo dodatečný vznik pohledávky na př. při zápůjčce, vyplatí-li se valuta.⁸⁶⁾ Jakousi vlastníkovou hypotekou je také výhrada pořadí dle § 881 n. o. z. pro právo určitého objemu, zavazuje-li se pozemek právem jiným. Vyhrazeným pořadím obmezuje se však pouze zapisované právo, poněvadž musí ustoupiti právu vyhrazenému. Vyhrazeným pořadím nevznikne žádné pevné místo. Vsune-li se proto mezi právo obmezené a právo s vyhrazeným pořadím jiná závada, pozbuje vyhrazené pořadí svého účinku.⁸⁷⁾ Není-li bezúčinné, přechází na nového nabyvatele nemovitosti, také na vydražitele. Vlastník sám v dražebním rozvrhu likvidovati je nemůže.⁸⁸⁾

I v druhé skupině může se hypoteka uvolnit, i když pohledávka existuje nebo neexistuje. Za trvání pohledávky uvolňuje se hypoteka tím, vzdá-li se věřitel hypoteky. Vzdání toto může býti dobrovolné⁸⁹⁾ anebo nedobrovolné.⁹⁰⁾ Vzdání je vázáno na určitou formu. Musí se státi buď vůči vlastníkovu nebo knihovnímu úřadu a musí se zapsati do pozemkových knih.⁹¹⁾ Na věřiteli může se však také žádati, aby se hypoteky vzdal, převezme-li

⁸⁵⁾ ERC, 50, 80 (1902), 52, 103 (1902) 55, 219 (1903) nevyčerpaná saská nominální hypoteka, DJZ, VI, 213 (1900), RGC, 52, 116 (1902) odmítá to při nevyčerpané saské kauční hypotece, poněvadž prý je pouze zdánlivé právo (Scheinrecht). RGC 54. 83 (1903) při pruské hypotece v odpor vzaté pro omyl a podvod.

⁸⁶⁾ DGB, § 1163/4.

⁸⁷⁾ Pl a n c k, III, 93, § 887, E n n e c e r u s-K i p p-W o l f f, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, § 43.

⁸⁸⁾ Gr. Beitr., 47, 326, O b e r n e c k.

⁸⁹⁾ § 1168: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Viz též BGB, § 1168.

⁹⁰⁾ § 1169: Steht dem Eigenthümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Viz BGB § 1169 případy, kdy se to vyskytuje. Srov. dále B r u c k, 188 a násl. ABR 1900, 192 a násl. Dr. F. Rathenau, Der Übergang der Kautions-(Ultimat)-Hypothek nach BGB § 1190.

⁹¹⁾ B r u c k, 185 a násl.

dluh, hypotekou zjištěný, osoba třetí bez vlastnickova souhlasu,⁹²⁾ anebo svolí-li věřitel, aby jeho hypoteka na pohledávku jiného věřitele byla převedena, tato nová pohledávka však nevznikne.⁹³⁾ Vzdá-li se věřitel svého práva až po dražbě, nevznikne vlastnickova hypoteka.⁹⁴⁾

Hypoteka se dále uvolní, zbaví-li se dlužník pohledávky všemi těmi způsoby, kterými pohledávky zanikají, jako zaplacením, dáním na místě placení, veřejným složením, kompensací, prominutím, vyloučením neznámého věřitele výzývacím řízením, rozvazovací výminkou, doložením času a konfusí.⁹⁵⁾ O uvolnění hypoteky nemůže býti řeči, činí-li k pohledávce ještě cizí osoby nějaké nároky, na př. přihlásí-li se na výzývací řízení, jímž má býti věřitel vyloučen, ještě některé osoby jako dědicové a věřitelé.⁹⁶⁾ Na paměti mítí sluší, že placení jiného osobního dlužníka než vlastníka, prospívá tomuto dlužníkovi a na něho přechází i hypoteka, může-li se pro své placení na vlastníkovi náhrady dožadovati.⁹⁷⁾ Jinak však i placením třetí osoby pohledávka zaniká a hypoteka vlastníkovi připadá.⁹⁸⁾ Uvolnění hypoteky za existence pohledávky i bez této existence může se vyskytnouti i v řízení exekučním a stavném.

Placení vlastníkem, konfuse v jeho osobě a jiné zapravení vede k jeho hypotece jenom tehdy, je-li sám osobním dlužníkem. Jenom tyto případy zahrnuje něm. obč. zákoník pod pojem vlastnickovy hypoteky. Po pruském vzoru a také podle vzoru osnovy prvního čtení nespadá pod tento pojem, kdy vlastník platí či jiným způsobem zapraví nebo konfusí ve svém vlastnictví a věřitelství spojí dluh, nej s a osobním dlužníkem. Jak výše uvedeno⁹⁹⁾, kladla to osnova do takového kontrastu proti sobě, že nemohlo býti nejasno, že případy tyto pod pojem

⁹²⁾ § 418 n. z. o. Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Marburg 1913, 515, Bruck, 188.

⁹³⁾ BGB § 1180/1.

⁹⁴⁾ ERC 55, 264 (1903) Věřitel byl spokojen z dražebního řízení simultánně zavazených nemovitostí ve Švýcarech.

⁹⁵⁾ BGB § 1163/5. Viz §§ 158, 163, 362, 364, 378, 389, 397, 1171, 1188. 1195 n. z. o. Wolff, 515, Bruck, 190 a násled.

⁹⁶⁾ ERC 67, 95 (1907).

⁹⁷⁾ § 1164 n. z. o. Wolff, 515.

⁹⁸⁾ BGB § 1143/3.

⁹⁹⁾ Viz pozn. 8.

vlastníkovy hypoteky nepočítá. Stejně také něm. obč. zákoník jedná o placení tohoto druhu pohledávek na jiném místě¹⁰⁰⁾ a také při konfusi případy tyto výslovně od sebe rozlišuje.¹⁰¹⁾ Než třeba by hypoteka tohoto posledního druhu byla jiná než vlastníková hypoteka svrchu uvedená, vlastníkovou hypotekou je také. Jeť na jeho vlastní věci. Teorie ji proto rovněž pod pojem vlastníkovy hypoteky zařazuje. Rozdíl obou ovšem pocítuje a proto jim dává různá jména. Tak na př. „Eigentümerhypothek mit Forderung“ a „forderungslose Eigentümerhypothek“¹⁰²⁾ „forderungsbekleidete“ a „forderungsentkleidete Eigentümerhypothek“.¹⁰³⁾ Také se první chtěla zváti „Hypothek des Eigentümers“ a druhá na rozdíl od ní „Eigentümerhypothek“,¹⁰⁴⁾ nebo první „Eigentümerhypothek im weiteren“ a druhá „Eigentümerhypothek im engeren Sinne“¹⁰⁵⁾, první „Eigentümerhypothek“, druhá „Eigentümergrundschuld“,¹⁰⁶⁾ první „echte Eigentümerhypothek“ a druhá „verkappte Eigentümergrundschuld“¹⁰⁷⁾. I hypotece, z které obě tyto hypoteky povstaly, dává se jméno. Je jejich mateřskou hypotekou (Mutterhypothek).¹⁰⁸⁾ Hledíc ku stanovisku pruského práva, dle něhož se vlastníková hypoteka nabývala i s pohledáv-

¹⁰⁰⁾ § 1143: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über . . .

¹⁰¹⁾ § 1177: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen massgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

¹⁰²⁾ Gr. Beit., 47, 314, Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis.

¹⁰³⁾ Dernburg, III, (1904) 647.

¹⁰⁴⁾ Gr. Beit. 47, 315, Bruck, 147, Kreck, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889, 134 a násl.

¹⁰⁵⁾ Dr. Ernst Frh. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899, 116, 117, Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II, Berlin 1900, 172.

¹⁰⁶⁾ Wolff, 517.

¹⁰⁷⁾ Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II/1, Jena 1911, 234.

¹⁰⁸⁾ Kreck, 138,

kou, staly se i pruské vlastnickovy hypoteky dnem 1. ledna 1900 vlastnickovými hypotekami s pohledávkou.¹⁰⁹⁾

Vlastník může nabýti hypoteky částečně s pohledávkou a částečně bez pohledávky.¹¹⁰⁾ Může jí také částečně nabýti vedle dosavadního věřitele, nikoli však na úkor jeho pořadu.¹¹¹⁾ Přední pořad zůstává věřiteli i když vlastnickova hypoteka disposicí vlastnickovou do rukou třetích osob přejde.¹¹²⁾

Při simultánní hypotece je lišiti, zda simultánně zavazený pozemek náleží jednomu vlastníkovu nebo více vlastníků. Příklad první řeší se dle shora uvedených zásad, rozeznávajíc při tom, zda je vlastník dlužníkem osobním či jím není.¹¹³⁾ V druhém případě třeba zase lišiti nejprve skupinu, kde hypoteka je volna, nedostavši se do svazku s pohledávkou a dále, kde z tohoto svazku vyšla. V této poslední skupině různí se zase případy, kde hypoteka vychází ze svazku s pohledávkou právním jednáním jen jednoho z vlastníků, jichž pozemky jsou simultánně zavazeny nebo konfusi, která se jen v osobě tohoto jednoho vlastníka uskutečňuje. Takovéto právní jednání je na př. placení, dání na místě placení, složení dlužné sumy k úřadu, kompensace. V těchto posledních případech nabývá vlastník, jenž toto právní jednání předsevezme, nebo v jehož osobě se věřitelství a dlužnictví střetne, hypoteky pouze na svém vlastním pozemku. Hypoteka na pozemcích ostatních vlastníků zaniká. Má-li však nárok na náhradu od některého ze simultánních vlastníků nebo jeho předchůdce, do výše této náhrady zůstává mu simultánní hypoteka jak na jeho vlastním pozemku, tak na pozemku tohoto vlastníka. Ustanovení toto zahrnuje tedy i případy,

¹⁰⁹⁾ Gr. Beit., 47, 318, O b e r n e c k.

¹¹⁰⁾ BGB § 1143/1.

¹¹¹⁾ § 1176: Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrages der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. DJZ 1905, 884 vrch. s. z. v Drážďanech z 10./11. 1905.

¹¹²⁾ DJZ (Deutsche Juristenzeitung) 1905, F u c h s, Rangstellung der Eigentümer- und Gläubiger-Hypothek, § 1176 BGB 253; viz tamže 115 nesprávné mínění odchylné.

¹¹³⁾ BGB § 1173/2, B r u c k, 207.

kdy vlastník je spoludlužníkem (§ 426), i kdy jím není.¹¹⁴⁾ Zákon mluví zde o náhradním nároku (Ersatzanspruch), ale označení toto je jen zdánlivé, vskutku zůstává vlastníkově původní pohledávka. Jeť vázána poutem simultánního zavazení i na pozemku vlastníkově a tím dokazuje svou totožnost. Čistě náhradním nárokem by byla, kdyby se byl vyprostil ze zavazení jeho pozemek. V této anomálii ožívá staré pruské právo, že i osobní dlužník nabývá svého dluhu, jako nabývá své pohledávky. Co přes tento domnělý náhradní nárok, simultánně zjištěný, přebývá, zůstává na vlastníkově pozemku jako jeho hypoteka, čili podle názoru zákona jako jeho dluh pozemkový.¹¹⁵⁾

Ve všech ostatních případech, kde nezanikne svazek hypoteky s pohledávkou právním jednáním jednoho z vlastníků nebo konfusi v jeho osobě, připadá hypoteka simultánní všem vlastníkům simultánně zavazeneho pozemku společně.¹¹⁶⁾ Vlastníci tvoří touto hypotekou společnost. Jednotlivý společník nemůže o svém podílu disponovati, jej prodávati, zavazovati, obsah jeho měniti, jeho se vzdávati a na nové pohledávky převáděti. Dotýkal by se tím práv ostatních. Takovéto dispozice mohou se dítí jen všemi společně. Nesmluví-li se, může každý vlastník žádati, aby na jeho pozemku byla hypoteka omezena na dílčí obnos, který odpovídá poměru hodnoty jeho pozemku k hodnotě ostatních pozemků v čase vzniku simultánního pozemkového

¹¹⁴⁾ § 1173: Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen. Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in der Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek. BGB-§ 1173/6, Dr. B. Wolff, Das bürgerl. Gesetzbuch Hand-Kommentar. Halle a. S. 1908, § 1173.

¹¹⁵⁾ Stejně to plyne i z § 1182 n. z. o. Jinak B r u c k, 210 a násl., který tu zůstává při lišení, zda je vlastník osobním dlužníkem či není. V tomto posledním případě nabývá hypoteku s pohledávkou.

¹¹⁶⁾ Gr. Beit., 46 (1902), 65 Dr. v. J a c u b e z k y, Der § 27 Abs. 1 BGB im Verhältnisse zu § 1182 Abs. 2 § 1175 Abs. 1 Satz a BGB o vzdání se simultánní hypoteky.

díluhu, odpočítávají se na těchto pozemcích závady předchozí.¹¹⁷⁾ Ze simultánního dluhu pozemkového stane se jeho rozdělením na jednotlivých pozemcích vlastníkův dluh pozemkový. Vystoupení jednoho simultánního vlastníka však nepředpokládá, že i ostatní ze společnosti vystoupí. S nimi může společnost dále potrvati.¹¹⁸⁾ Byl-li simultánní dluh pozemkový dluhem listovním, zřídí se pro dílce zvláštní pozemkové dlužní listy. Simultánní dlužní list pozemkový se zničí.¹¹⁹⁾ Vlastníci mohou, když již jim hypoteka společně připadla, jiným způsobem, než jak zákon stanoví, simultánní dluh pozemkový mezi sebou rozdělit. Příští vlastníky to váže jen tehdy, bylo-li to v knize pozemkové zapísáno.¹²⁰⁾ Ujednání mezi simultánními vlastníky o rozdělení simultánního pozemkového dluhu dříve, než jim připadl, má jen účinky mezi nimi a nelze je žádným záznamem pojistiti.¹²¹⁾ Je-li některý ze simultánně zavazených pozemků závadami přetižen, má teorie za to, že neobdrží dotyčný vlastník žádné vlastnickovy hypoteky.¹²²⁾ Tento náhled pokládáme za nesprávný. Rozdělení simultánní hypoteky mezi spolčníky není žádným rozvrhem exekucním. Třeba by toho času hypoteka neměla hodnoty, může ji mít následkem fluktuace hodnoty v budoucnosti. Na dotyčném předluženém pozemku jsou případně za simultánní hypotekou ještě nové závady, které by pak po odpadnutí hypoteky simul-

¹¹⁷⁾ § 1172: Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, dass die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1192 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen. § 1175: Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. BGB § 1172/1, 4, 1175/1—4. Bruck, 203.

¹¹⁸⁾ Bruck, 204.

¹¹⁹⁾ BGB § 1172/2.

¹²⁰⁾ BGB § 1172/3. Může se tak státi dle § 873 a 879 n. z. o. Bruck, 205 navrhuje pro to méně účinný § 1179 n. z. o.

¹²¹⁾ BGB § 1172/3.

¹²²⁾ BGB § 1163/6. Viz dále §§ 1172—1175 n. z. o.

tánní místo její zaujaly a za změněných hospodářských poměrů třeba zaplacení došly. Případ prodlužených jedných aneb všech simultánně zavazených pozemků třeba řešiti jiným způsobem. Poměr pro toto řešení dává sám § 1172. Hodnoty jednotlivých pozemků tvoří zde čitatele, od nichž se závady odečítají. Při prodlužení pozemku jednoho nebo více pozemků musí tvořiti hodnoty čitatele, k nimž se závady, hodnotu převyšující, připočítávají. Za nezadlužený pozemek nastupuje pak jeho hodnota.

Vlastník, simultánní vlastník nebo simultánní vlastníci nabývají hypoteky po samém zákonu (Kraft des Gesetzes) okamžikem, kdy povstala hypoteka volná anebo kdy se ze svazku pohledávkou uvolnila. Je to okamžik, kdy zřízena byla hypoteka pro neplatnou pohledávku, kdy vlastníkovu při listovní hypotece hypoteční list byl odevzdán, kdy pohledávka právním jednáním vlastníka, konfusí, vzdáním se věřitele nebo jeho vyloučením ve vyzývacím řízení zanikla,¹²³⁾ při zrušení nebo zastavení exekuce, kdy rozhodnutí o tom bylo vydáno,¹²⁴⁾ při maximální hypotece podle praxe kdy se zjistilo, že žádné pohledávky více vzniknouti nemohou.¹²⁵⁾ Z té příčiny přednost poskytnutá maximální hypotece týká se jen skutečně vzešlé pohledávky, na nevaluovanou vlastníkovu hypoteku se nevztahuje.¹²⁶⁾ Při spoluvlastnících, jichž

¹²³⁾ BGB, §§ 1145/6, 1163/3, 1168/2, 1169, 1170/7, 1171/5, 1172, 1173/3, 1175/3, 1177, Brück, 217 a násl.

¹²⁴⁾ Gaupp-Stein, II, § 868.

¹²⁵⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preussens, III, 710. Brück, 181 a násl., Richard Cohn, Die Kautionshypothek des bürgerl. Gesetzbuches. In.-Diss. Leipzig 1902, 35. Jsou však náhledy, že maximální hypoteka jest hned od počátku vlastníkův dluh pozemkový. Viz DJZ, 1905, 803, Du Chesne, Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers, Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II/1, Marburg 1913, 554. Musí-li se však připustiti, že vlastník bez vůle věřitele knihovně maximální hypoteku na svůj dluh pozemkový převésti nemůže, jest z toho zřejmo, že trvá až do skončení poměru jako hypoteka i při novém vlastníkovi do celé sumy svého nejvyššího obnosu. Z podstaty její třeba také odmítnouti náhled, že zaplacením jednotlivých obnosů dle § 1163 vznikají vlastníkovy pozemkové dluhy. Srov. též Plank Bürgerl. Gesetzbuch, III, 625, Arthur Hecking, die Maximalhypothek, Borna-Leipzig 1902 (Inaug.-Diss.), 32 a násl. ERC 51, 117 (1902). Rozhodnutí toto odmítá zabavení vlastníkovy hypoteky nevaluované maximální hypoteky, pokud se nezjistí pohledávka dle § 1190 n. z. o. Viz též ERC 61, 41 (1905).

¹²⁶⁾ ERC, 61, 38 (1905).

podily jsou pro tutéž pohledávku zvlášť zavazeny, třeba užiti předpisů o pohledávkách simultánních.

Subjektem vlastnickovy hypoteky je ten, kdo v čas, kdy volná hypoteka povstala nebo se uvolnila, byl vlastníkem. Při hypotece pro budoucí pohledávku, která nepovstala, je to vlastník v čas zřízení hypoteky.¹²⁷⁾ Je to případně jen spoluvlastník, vázne-li hypoteka jen na podílu vlastnického práva.¹²⁸⁾ Více spoluvlastníkům přísluší hypoteka podle poměru jejich vlastnických podílů.¹²⁹⁾ Pro hypoteku dřívějšího práva je subjektem ten, kdo byl vlastníkem, kdy něm. obč. zákoník v platnost vešel.¹³⁰⁾ Byla-li stavná hypoteka zrušena, je to vlastník v čas, kdy byla zapsána. Zrušení deklaruje pouze, že tu v čas zápisu nebylo podmínek pro hypoteku. Nemá tedy významu konstitutivního.¹³¹⁾ Při maximální hypotece je to vlastník v čas, kdy se zjistí, že již pohledávky žádné nepovstanou. Poněvadž tu jde o budoucí pohledávku, přisuzují někteří hypoteku pro pohledávky nepovstálé vlastníkovu při vzniku hypoteky, pro pohledávky zaplacené vlastníkovu v čas zaplacení.¹³²⁾ Podle statutu hypotekárních ústavů, které podle čl. 167 uvoz. zák. k obč. zákoníku v platnosti zůstaly, je subjektem při amortisovaných pohledávkách teprve ten vlastník, který celou pohledávku umo-

¹²⁷⁾ Gr. Beitr., 47 (1903), O b e r n e c k, 331, KG 30/5 1904 připouští i kupce nemovitosti, který zaplatí pohledávku mezi vzdáním a zápisem práva vlastnického (DJZ, 1905), Spruchsammlung, 32 § 1163.

¹²⁸⁾ BGB § 1163/6, ERC 51, 398 (1902).

¹²⁹⁾ BGB § 1163/4, 6.

¹³⁰⁾ ERC 51, 398 (1902), Gruchot Beitr. 46 (1902), 322 a násl. Stegemann, Bemerkungen betreffend die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Kautionshypotheken des preussischen Rechtes.

¹³¹⁾ JDR (Jahrbuch für deutsches Recht) 11, 38, 12, 307, Seuff. A. 67, 171.

¹³²⁾ Gr. Beitr. 47 (1903), O b e r n e c k, 331. Postup ten je naprosto nesprávný. Maximální hypoteka ručí do svého nejvyššího obnosu až do ukončení právního poměru za nároky z něho. Vždyť zaplacení a nové povstání pohledávek může jíti v sterém koléběhu. Mysleme si úvěrní hypoteku poměru desítiletého! To správně vystihuje Planck, III., 625, pravě, že do nejvyššího obnosu ručí pozemek za každý díl pohledávky. Vždyť tato se teprve účtováním zjistí! Zvláštním způsobem konstruuje maximální hypoteku Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek 1 ABR, 1905, 222 a násl. Je to předběžná vlastnickova hypoteka (vorläufige Eigentümerhypothek) bez práva na dražební výtěžek (ohne Surrogationsbefugnis). Skýtá čekatelství na konečnou vlastnickovu hypoteku u vlastníka a na plnou hypoteku u věřitele.

řil.¹³³⁾ Při jiných amortisačních pohledávkách je subjektem každý vlastník, který amortisační kvotu zaplatil. V jeho osobě povstane vlastníkův dluh pozemkový. Jej třeba při převodu nemovitosti převést na nového nabývatele, nemají-li z různých původů vzniknouti a vedle sebe trvati pozemkové dluhy různých vlastníků.¹³⁴⁾ Mnohé stesky do těchto účinků amortisačních hypotek ukazují na svízele, které z tohoto rozdrobení vlastníkovy hypoteky povstávají. Nelze ji ani někdy vymazati, je-li dřívější vlastník neznám. I na věřitele, jehož pohledávka se umořením zmenšila, musí dřívější vlastník hypoteku, již nabyt, převést, má-li nové pohledávce věřitelově sloužiti. I navrhuje se odpomoc tu novou cestou zákonodárnou,¹³⁵⁾ tu novou právníkou konstrukcí,¹³⁶⁾ tu prostředkem běžného práva.¹³⁷⁾

Obsah vlastníkovy hypoteky týká se jednak samé povahy práva, jehož vlastník nabyt, jednak jeho výkonu. Právo, kterého vlastník nabyt bez pohledávky, je jeho dluh pozemkový. S pohledávkou je to sice hypoteka, ale pokud spojení trvá, stejných vlastností jako vlastníkův dluh pozemkový.¹³⁸⁾ Stane-li z dosa-

¹³³⁾ Gr. Beiträge, 47 (1903), Oberneck, 332, Planck, III. 556/6, Viz též ABR, XXIV (1904) 358 Paul Winter v recensi spisu Oberneckova, JDR, 11, 381, 382.

¹³⁴⁾ DJZ, 1902, 433, Harnier, Eigentümer-Grundschild und Amortisations-Hypothek, Gr. Beitr., 47 (1903) Oberneck, 331 a násl., DJZ 1904, 319 rozh. vrch. z. soudu v Stuttgartě z 2/10 1903, Gr. Beitr. 49 (1905), 766 a násl. Dr. Richard Hirsch, Zur Frage der Entstehung der Eigentümerhypotheken bei den Amortisationsdarlehen. ABR XXIX (1906), 4, Koban, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

¹³⁵⁾ DJZ, 1905, 593, Harnier, Eigentümer-Grundschild und Amortisationshypothek, navrhuje dodatek k zákonu: Beim Eigentumsübergang geht eine Eigentümer-Grundschild, welche nicht als solche im Grundbuche eingetragen ist, kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer über.

¹³⁶⁾ DJZ, 1902, 243. Dronke, Tilgungsbeiträge als Nebenleistungen einer Amortisationshypothek, DJZ, 1903, 331 a násl. Kretzschmar, Die Entstehung der Eigentümerhypothek bei den Amortisationshypotheken, Amortisační kvoty považují se za přírážku úroků, z níž tvoří se umořovací fond, kterýž teprve svým plným obnosem pohledávku umořuje. Hypoteku nabývá teprve ten vlastník, který umoření dokončí.

¹³⁷⁾ DJZ, 1905, 977, Immler, Die Amortisationshypothek navrhuje, aby ústav, který druhou amortisační hypoteku povoluje, dal si zříditi od vlastníka pro ni přednost před vzniklým nebo teprve ještě vzniknoucím jeho dluhem pozemkovým z amortisačních kvot pohledávky první. Ukazuje také na závazek ku výmazu zaplacené hypoteky dle § 1179.

¹³⁸⁾ BGB, § 1177/3, 6, § 1143/6.

vadní hypoteky dluh pozemkový, je kniha pozemková, znějící posud ještě na hypoteku, nesprávná. I třeba ji opravit. Kdo je zapsán, musí k tomu dáti svolení. Byla-li pohledávka zaplacená, stačí k tomu kvitance. Při pohledávce listovní je nad to ještě potřebí, aby list se odevzdal; byla-li zaplacená jen část pohledávky, aby zřízen byl list dílčí.¹³⁹⁾ Prosté výmazné prohlášení neosvědčuje akt nabytí a proto nepostačuje.¹⁴⁰⁾ Tento nabytý dluh pozemkový liší se od jiného dluhu pozemkového, že některé vlastnosti dřívější hypoteky naň z této hypoteky přecházejí. Tento nový dluh pozemkový je buď knihovní nebo listovní, byla-li dřívější hypoteka knihovní nebo listovní. Podle hypoteky řídí se úroková míra, způsob placení úroku, výpověď kapitálu a místo platební. Tyto poslední modalitty vztahují se i na případ, až zase dluh pozemkový nebo statek z rukou vlastníka na jiného přejde.¹⁴¹⁾ Vlastník může dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou na sebe dáti přepsati.¹⁴²⁾ Vlastník může svým dluhem pozemkovým nebo svou hypotekou nakládati jako každý jiný věřitel. Může je zeiziti zcela nebo částečně.¹⁴³⁾ K převodu není ovšem potřebí, aby mezitím byla kniha pozemková opravena zápisem vlastnickova dluhu pozemkového nebo jeho hypoteky. K převodu stačí listina, která jej samého opravňuje ku zápisu jeho vlastního práva. Při převodu třeba však výslovně uvést, že se hypoteka dosavadní změnila v dluh pozemkový. K převodu je při knihovní pohledávce potřebí smlouvy o knihovní změně mezi vlastníkem a postupníkem a zápisu převodu; při pohledávce listovní písemného převodního prohlášení na listu nebo zápisu převodu a odevzdání listu.¹⁴⁴⁾ Jak již výše při amortizační pohledávce bylo uvedeno, je postupu tohoto potřebí, chce-li vlastník dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou zase na dosavadního věřitele převést.

¹³⁹⁾ BGB, § 1163/3, DJZ, 1901, 213 (rřs z 2/3 1901), ERC, 48, 54, Gr. Beitr., 47., 320, O b e r n e c k.

¹⁴⁰⁾ Gr. Beiträge 47, O b e r n e c k, 320. Nestačí k dispozici vlastnickově, prohlásí-li věřitel: Ich bekenne, Valuta empfangen zu haben und bewillige die Löschung der Post.

¹⁴¹⁾ BGB § 1177/3, 4.

¹⁴²⁾ §§ 1196, BGB § 1177/6.

¹⁴³⁾ BGB § 1177, 1196/2.

¹⁴⁴⁾ BGB § 1163/3, § 1154, 873, Gr. Beitr., 47, 319, O b e r n e c k, Převodního prohlášení § 1155: (Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung) jest potřebí, aby se případně dle § 1155 n. o. z. nežádal předchozí zápis vlastníka. Viz též P l a n c k, III, 535, § 1155.

I tu v převodních prohlášeních musí se změny, které po samém zákonu nastaly, výslovně konstatovati. Vlastník může však, místo aby dluh pozemkový převáděl, buď s dosavadním věřitelem anebo s novým věřitelem sjednat, že se dluh pozemkový mění v hypoteku za novou pohledávku věřitele nového nebo starého. Změna ta musí do pozemkových knih býti zapsána.¹⁴⁵⁾ Ku postupu pohledávky na osobu třetí zaplacený věřitel, jak to pruské právo připouštělo, povinen není.¹⁴⁶⁾

Na vlastníkův dluh pozemkový nebo jeho hypoteku s pohledávkou může se vésti exekuce jako na každé jiné věcné právo.¹⁴⁷⁾ I při vlastníkově hypotece může ze změnití pořad.¹⁴⁸⁾ Neplatí to však o vlastníkově hypotece, která teprve vznikne, povědáž tu jest k tomu jen věřitel se svolením vlastníka oprávněn.¹⁴⁹⁾ Vlast-

¹⁴⁵⁾ BGB §§ 1163/3, 1198/1 Gruchot Beitr. 47, 317 O b e r n e c k uvádí pro to formulář prusk. ministerstva spravedlnosti: Abgetreten mit den Zinsen seit . . . unter Umwandlung der zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek in eine Hypothek aus einem Darlehen von . . . mit Zinsen u. s. w. Pro listinu postupní navrhuje schema: Die mir durch Verwandelung in eine Grundschuld zustehende, im Grundbuche von . . . eingetragene Post trete ich mit den Zinsen seit . . . an X ab und wandle sie zugleich in eine Hypothek für eine Darlehensforderung desselben im Betrage von . . . um . . . Pro hypoteku s pohledávkou navrhuje znění postupní listiny: Die im Grundbuch . . . Abth. 3. Nr. . . eingetragene Hypothekenforderung, welche ich auf Grund der anliegenden, notariell beglaubigten Quittung und des notariellen Kaufvertrages als nicht persönlicher Schuldner bezahlt habe, trete ich hiermit mit den Zinsen, von . . . an X ab.

¹⁴⁶⁾ Gr. Beiträge, 47, 321, O b e r n e c k. V pruském spolku právních zástupců navrhovala se do notářských dlužních listů z této příčiny tato doložka: Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Betrages, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten (u listovní hypotece: „und diesem den Hypothekenbrief und die Legitimationsurkunden auszuhändigen“, u knihovní hypotece: und in die Umschreibung auf den Dritten zu willigen). Praxe záznamy takového druhu pro jich malou určitost nepřipouští. I teorie vede o ně spor. Viz O b e r n e c k, 321, 322 tamže.

¹⁴⁷⁾ BGB § 1196/2. K tomu viz § 1069, 1154, 1274, 1291 n. o. z. a § 857 odst. 6, § 830 c. ř. s.

¹⁴⁸⁾ ERC, 10, 197, H o r n, Die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 45.

¹⁴⁹⁾ BGB, § 880/3.

nickova hypoteka pokládá se za jeho majetkové právo¹⁵⁰⁾ a bere se do jeho pozůstalosti.¹⁵¹⁾ Vlastník nemusí ovšem hypotekou ani disponovati, nýbrž může ji dáti vymazati.¹⁵²⁾ Závazek tento může v příčině své příští hypoteky na sebe také vzíti smlouvou¹⁵³⁾ anebo posledním pořízením.¹⁵⁴⁾ Ujednati to může s vlastníkem osoba, která na pozemku vůbec ještě oprávněna není, anebo věřitel, o jehož pohledávku se jedná, anebo může to zníti na prospěch kteréhokoli příštího věřitele (des jeweiligen Gläubigers) zadnější pohledávky.¹⁵⁵⁾ Vyhraditi si to může zejména ten, kdo postoupil přednost některé pohledávce v příčině této pohledávky.¹⁵⁶⁾ Vyjednati se to může pouze o hypotece, nikoli o jiném právě, a sice o hypotece, která je již zapsána nebo která se právě zapisuje, také o více hypotekách a všech již zapsaných hypotekách.¹⁵⁷⁾ Závazek proti vlastníkovu, aby provedl výmaz, týká se jeho hypoteky, které nabude, když se s vlastnictvím v jedné osobě spojí. Předpokládá to tedy mimo případ § 1177 n. o. z. i všechny ostatní případy, kdy hypoteka ze svého pouta s pohledávkou vyjde anebo do tohoto svazku se vůbec nedostane.¹⁵⁸⁾ Ujednání nemůže se týkati hypoteky pouze zaznamenané. Záznam má jen účinky obligační, nikoli věcné. Pojišťuje se jím právní zájem některé osoby. Nelze jej rozšířiti všeobecně

¹⁵⁰⁾ ABR (Archiv. f. bürgerl. Recht) XIX (1901), 70, Dr. H e y e r, Die Selbsthülfe.

¹⁵¹⁾ ABR, XIX (1901), 160, 166, Dr. S a l i n g e r, Die Nacherbfolge nach dem bürgerl. Gesetzbuch.

¹⁵²⁾ BGB, § 1163/3.

¹⁵³⁾ § 1179: Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

¹⁵⁴⁾ D e r n b u r g III., 647.

¹⁵⁵⁾ BGB, § 1179/3.

¹⁵⁶⁾ Na př. při přednosti stavebnímu úvěru. Viz DJZ, 1905, 1225. B u d d e, Kann der § 648 BGB zu einem genügenden Schutze für die Realgläubiger ausgestaltet werden? Viz tamže 1308 S t e i n i t z k témuž článku, že k záznamu dle § 1179 je u věřitelů málo důvěry a že se spíše dává přednost každé splátce stavebního úvěru postupně. Viz též DJZ, 1913, 1482, H e i n i t z, Grundschuld und Löschungsvormerkung, a k tomu DJZ 1914, 226, Ricks, již ukazují, že záznam dle § 1179 je při dluhu pozemkovém bez významu. Nevztahuje se § 1163 odst. 1 na dluh pozemkový.

¹⁵⁷⁾ BGB, § 1179/3.

¹⁵⁸⁾ BGB, § 1179/6.

na zájem, který v čas záznamu ještě neexistoval. Obyčejně je tento zájem lepší jistota pohledávky. Tedy jen pro tuto pohledávku může být záznam uplatněn, nikoli dále.¹⁵⁹⁾ Věcně vznik vlastníkovy hypoteky vyloučiti se nedá.¹⁶⁰⁾ Nárok na výmaz zajišťuje se záznamem.¹⁶¹⁾ Judikatura nutí správce konkursní podstaty, aby jej uznal.¹⁶²⁾ Judikatura váže i konkursního správce, aby uznal nárok na poskytnutou přednost, záznamem pojištěnou, poněvadž prý se za částečný výmaz pokládati může.¹⁶³⁾ Záznam nebrání vlastníkovu, aby hypotekou disponoval a třetí osoba následkem této dispozice práva nabude, ale nabytí toto je vůči osobě, které záznam svědčí, bezúčinné a od třetí osoby, jež proti záznamu právo nabyla, může se žádati, aby ku výmazu svých práv přivolila.¹⁶⁴⁾ Záznam nebrání, aby z nejvyššího podání hypoteka vlastníkovu byla přikázána. Pojišťuje se jím pouze nárok na výmaz, který před rozvrhem podání žalobou na vlastníkovu vynucen být musí.¹⁶⁵⁾

Předmětem exekučního nebo stavného postihu je hypoteka vlastníková ihned, jak po zákonu povstane.¹⁶⁶⁾ Při knihovní hypotece je potřebí, aby zabavení zapsalo se do knih pozemkových, při listovní hypotece, aby list věřiteli se odevzdal anebo soudním vykonavatelem odňal. Zapisuje-li se zabavení, je zprvu nutno, aby

¹⁵⁹⁾ ERC, 63, 155 (1906), Gr. Beitr. 47, 338 O b e r n e c k.

¹⁶⁰⁾ Gr. Beitr., 747, 325 O b e r n e c k.

¹⁶¹⁾ BGB, § 1179/3. Viz též ERC, 63, 153 (1906). Záznam takový má n. př. toto znění: Zu Nr. 5 280.000 M Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des jeweiligen Gläubigers, der 20.700 M Nr. 4 gegen den Eigentümer, diese Hypothek löschen zu lassen, falls sie sich ganz oder teilweise mit dem Eigentum vereinigt.

¹⁶²⁾ BGB, § 1179/5. Viz též o významu záznamu (Vormerkung) § 883 n. z. o. v pozn. 164.

¹⁶³⁾ BGB, § 1179/5, DJZ, 1914, 944.

¹⁶⁴⁾ § 883 odst. 2: Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. § 448: Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

¹⁶⁵⁾ ERC, 57, 209 (1904), jinak BGB § 1179/7.

¹⁶⁶⁾ BGB, § 1163/3, DJZ, 1904, 121 (rřs 3 17/10 1903), 1109 Gr. Beitr. 50, 551 a násled. O b e r n e c k, Die Pfändung der Eigentümerhypothek.

hypoteka na vlastníka se přepsala.¹⁶⁷⁾ Zabavena může býti i vlastníková hypoteka, která snad teprve příště povstane. Zabavení toto nelze však zapsati, aniž záznamem zajistiti.

Vlastnickova hypoteka, která vznikla před vyhlášením konkursu, náleží do konkursní podstaty. Do ní patří také, byl-li její vznik z prostředků konkursní podstaty konkursním správcem způsoben. Pripadne-li však úpadci teprve po vyhlášení konkursu na př. konfusi při dědictví, náleží jeho dispozici.¹⁶⁸⁾

Předchází-li vlastnickova hypoteka vymáhajícímu věřiteli, počítá se v dražebním řízení do nejnižšího podání a přejímá se vydražitelem jako obtížení vydražené nemovitosti. Jde-li za vymáhajícím věřitelem, zaniká příklepem a přikazuje se z nejvyššího podání subhastatovi, jeho konkursní podstatě anebo nadzástavním věřitelům.¹⁶⁹⁾ Vlastníkovi však nepřísluší právo, aby dražební řízení sám provedl. Při vnucené správě přísluší-li mu úroky z jeho hypoteky teprve od té doby, kdy byla vnucená správa zavedena, až do jejího skončení. Totéž platí i vůči osobám, pro něž je jeho hypoteka zabavena. Provádí-li se vnucená správa a současně dražební řízení, lze úroků pouze z výtěžku vnucené správy, nikoli z dražebního podání žádati.¹⁷⁰⁾

Vlastnickova hypoteka, podle německého obč. zákonníka, nehledíc ku vlastníkově hypotece s pohledávkou, vlastně vlastníkův dluh pozemkový, vzniká z hypoteky. Vlastníkův dluh pozemkový může vzejíti také ze samého dluhu pozemkového nebo důchodového. Třeba tedy všechny tyto předpisy na dluh pozemkový a důchodový vztáhnouti, pokud povaha těchto dluhů to nevyklučuje.¹⁷¹⁾ Vlastníkův dluh pozemkový vzniká zejména při zajišťovacích fiduciárních obchodech. Poskytuje-li se stavební úvěr, zřizuje se ku jeho krytí dluh pozemkový na celý jeho obnos. Úvěr sám vyčerpává se podle potřeby postupně. Pro obnos

¹⁶⁷⁾ DJZ, 1909, 383 (r. muichov. z. soudu).

¹⁶⁸⁾ BGB, § 1163/3, DJZ, 1905, 460 (KG z 16/1. 1905), 852, ERC. 61, 374 (1905), DJZ, 1906, 64, 883; 1909, 546, 655 H e y m a n n, Gibt es Mittel zur Sicherung der Pfändung einer Eigentümerhypothek vor Eintragung oder Briefwegnahme? Gr. Beitr. 50, 576 a násl. O b e r n e c k.

¹⁶⁹⁾ BGB, § 1177/3.

¹⁷⁰⁾ BGB, § 1177/3, 1197/1.

¹⁷¹⁾ P l a n c k, § 1192 4d, ERC, 78, 61 (1911) § 1163 odst. 1 se na dluhy pozemkové nevztahuje.

nevyčerpaný připadá dluh pozemkový vlastníkov¹⁷³⁾ Vlastník dluh pozemkový se hned z počátku zřídka zřizuje. Chce-li se nějaké místo zajistiti, používá se spíše výhrady pořadí. Při nekalé praxi užívá se ho, aby se zabránily exekuční zápisy na výhodném místě. V Meklenbursku postupuje jej otec těm svým dětem, které statku nenastupují.¹⁷³⁾

Vlastník může nakládati svou hypotekou také tím způsobem, že ji vymaže. Prohlášením, které za tím účelem u knihovního úřadu učiní, je vázán, i než se knihovně provede. Nemůže je vzít zpět.¹⁷⁴⁾

Předpisy o vlastnickové hypotece jsou povahy imperativní. Nelze jich nešetřiti. Vlastník nemůže se vlastnickovy hypoteky vzdáti.¹⁷⁵⁾ Jen předpisy zemských a rytířských úvěrních ústavů (landschaftliche, ritterschaftliche Creditanstalten), které snad vlastnickovy hypoteky vylučovaly, zůstávají i za něm. obč. zákonníka v platnosti. Jen potud připouští judikatura zápis doložky, která disposici vlastnickovu vylučuje.¹⁷⁶⁾

¹⁷³⁾ DJZ, 1906, 1000 Dr. Weidemann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. Viz tamže. 257, Hinsberg, zur Lehre von der nicht valuierten Grundschuld, 297—298 Hachenburg, DJZ, 1907, 929 Gütche, Wie ist die nicht valuierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln, ERC, 60, 251 (1905) nesprávně přisoudilo nevaluovanou část zadním věřitelům. Gruchot Beiträge, 50, 596, Dr. Jäckel, Die nicht valuierte Grundschuld und der Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse; tamže 51, 162 Dr. Eccius, Noch einmal die ins Freie fallende Grundschuld, Bruck, 174, ERC 78, 61 nechává i při nevaluovaném dluhu pozemkovém tento nedotčeným, ježto vůbec nějakou pohledávku nepředpokládá. Přisoudilo proto nelikvidovanou část držiteli dluhu pozemkového.

¹⁷³⁾ ABR, XXXII (1908), 424, Martin Segall, Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten.

¹⁷⁴⁾ § 875 n. o. z. Viz k tomu ERC, 66, 285 (1907).

¹⁷⁵⁾ Gr. Beitr., 47, 325, 336 a násl. Oberneck.

¹⁷⁶⁾ Gr. Beitr., 47, 337 Oberneck uvádí tuto usnesením komorního soudu z 28./5. 1900 připuštěnou doložku: Der Eigentümer soll bis zur Tilgung des Kapitals nicht befugt sein; über den abgetragenen Theil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen.

O nekalé soutěži.

Napsal dr. František Müller.

Úchytky soutěže od příkazu práva a slušnosti budou asi tak staré jako soutěž sama a její jeviště: trh.

Zboží, cena, platidlo, jméno — nic neušlo zjištné vypočítavosti trhu — ať na něm vládla primitivní výměna naturálií, nebo prohibice merkantilismu nebo volnost industrialisujícího kapitalismu.

Ta „aurea aetas, quae vindice nullo“ existovala jen ve vzniklé mysli básnické.

Nekalá soutěž, — takto široce pojímána, — není tudíž plodem moderní volnosti soutěžní, jak se zhusta za to má, a víme z dějin, že ustálený mrav a z něho vzniklé právo zvykové a později pozitivní rušivým zjevům nekalé soutěže ode vždy věnovaly svou pozornost.

Nesporo ovšem jest, že úkazů nekalé soutěže co do množství a odvážnosti přibývalo vzrůstem rozměrů a složitosti trhu, jehož volnost podmiňovala nevyčerpatelnost technických pokroků a vynucovala těžkopádnost zákonodárství, v jehož všemohoucnost svět, jinak tolik skeptický, ochotně věří.

Tak dalece jest možno říci, že ve stínech volnosti soutěže na moderním trhu vybuchela spousta škodných zjevů, na něž ruka zákonodárce dosud nedosáhla, ať se stesky zájemců hlasitě ozývaly.

Občan sice státu jako takovému, ať byl vrchnostensko-policejní či právní nebo hospodářský či sociální, politicky nikdy mnoho nedůvěřoval, jsa v tom podporován naukami velkých myslitelů a konstruováním osobních svobod ústavních; hospodářsky však požadoval na státu vždy všechno, od ochranného cla až do socialisace.

Hmotný zájem vedl hospodářské konkurenty dříve a úsilovněji nežli širší vrstvy obecnstva k tomu, že se domáhali, aby je zákonodárce chránil proti účinkům nekalou označované soutěže, jejíž skutkové podstaty se dosud vymykaly dosahu pozitivního práva jak občanského tak trestního.

Tím se dostal požadavek zákonného potírání nekalé soutěže také na programy středostavovského živnostnictva, které si slibo-

valo novou zbraň proti hmotně silnějšímu kapitalistickému průmyslu a jistému mravně nevybíravějšímu obchodu.

V bývalém Rakousku, kde jinak byla půda podobným snahám příznivá, se zahájené propagandě zprvu prakticky nevedlo valně, jelikož celé hnutí bylo tendenčně zabarvováno vlivem určitých stran politických a za Litavou vládla mentalita veskrze odlišná.

Příklad Německa, kde byl problém řešen po prvé zvláštním zákonem (ze dne 27. května 1896), opírajícím se ovšem o věčné úvahy větší mravní a ekonomické prosperity domácího průmyslu a obchodu, zavalil podnět k oživené aktivitě v bývalém Rakousku, takže v příslušných ministerstvech bez ustání bylo pracováno o pokusech náš problem podobně vyřešiti. Příslušné osnovy jsou veřejnosti známy, byly předmětem široce založených odborných anket a dostaly se jako vládní předloha i do parlamentu; než uzákoněny nebyly.

Ač práce v ministerských kancelářích na tyto osnovy vynaložená svědčí o mravenčí pili a uznání hodném konstruktivním důmyslu, přece netřeba litovat, že zůstaly jen materiálem, a to z důvodů technických i hospodářsko-politických. Technicky pokládám osnovu za pochybenou pro její kasuistickou metodu, převzatou po německém vzoru, a hospodářsko-politicky by bylo bývalo jednostranné uzákonění osnovy v Rakousku, jako jenom jedné části konkurenčního kolbiště daného hospodářským a celním územím bývalé společné monarchie, svrchovanou protiúčelností. Rušivé účinky takové jednostrannosti bychom pocítovali zajisté i my, majíce v státním území části bývalého státu uherského.

Aby se předešlo podobné diskrepanci, bylo našim přičiněním pojato do posledního rakousko-uherského vyrovnání z roku 1907 ustanovení o reciprocitě (článek 17. bod 2. zákona ze dne 30. prosince 1907 č. ř. z. 278) a v závěrečném protokolu k tomuto bodu bylo sjednáno, že se obě vlády postarají, aby za účelem zamezení nekalé soutěže v obou státech vešly v platnost zásady v podstatě se shodující. Tak dohoda platila po rozumu zákona ze dne 27. prosince 1917 č. ř. z. 512 a smlouvy ze dne 18. listopadu 1917 i na dále.

Zmíněné pactum de contrahendo bylo tedy jediným plodem kodifikace na poli tak bohatém a sporném v zaniklé říši.

Našemu domácímu zákonodárství, kterému kyne i v mírových smlouvách zmíněný úkol řešit otázku nekalé soutěže, není tudíž co do zákonného inventáře z Rakouska a z Uher podděšeného žádou, tuto látku ex professo vyčerpávající úpravou prejudikováno.

Máme úplnou volnost stanovit, co chceme nekalou soutěží označit a jak ji chceme čelit. O důležitých těchto otázkách materiálního práva, legislativně-technické metody a procesuálního postupu jsem v zásadě již uvažoval ve dvou článcích, z nichž jsem jeden před lety uveřejnil v „Oesterreichische Zeitschrift für Verwaltung“ a druhý v „Der Economist“, časopisu „Neue freie Presse“ ze dne 20. března 1918.

První článek, pojatý také do oficiální sbírky materiálů k rakouské vládě předloze, se obíral analýs právni povahy faktů nekalé soutěže po rozumu nutné speciální úpravy zákonem a druhý článek platil po výtoe návrhům, jak upravit procesuální postup.

Následující vývody opírají se v podstatě o uvedené studie, snažíce se jich ideový rozsah stručně a přesněji znázornit.

Oblast nekalé soutěže po rozumu nutné úpravy zákonem není tak široká, jak se v nedosti kritických diskusích a v schematických rozborech obyčejně pojímá.

Nejsou všechny poruchy a poklesky, které lze v pestrém paralelismu a antagonismu zájmů na trhu se uplatňujících přičísti na vrub mravní neb právní zodpovědnosti člověka, zjevy nekalé soutěže v technickém smyslu žádoucího speciálního zákona.

Zneužívá-li soutěžitel svého postavení na trhu takovým způsobem, že se dopouští skutků, jež svou absolutní právní povahou i mimo jakýkoliv vztah k hospodářské soutěži jsou kvalifikovány jako kriminální nebo civilní protiprávnost, tu netřeba další zvláštní normy. V takových případech jest objektivně a subjektivně právní potřebě dosavadním neb doplnitelným právem trestním a občanským již vyhověno, ana způsobená porucha se trestem nebo odškodněním odčisňuje.

Z moderního života hospodářského a sociálního vzešla však hojnost zájmů, které se nedají individualisovat po způsobu nabytých práv, ale také ne tak objektivisovat, aby jich porucha byla všeobecností pocítována jako zločinná.

Zájmy tohoto rázu se pnou k hospodářskému trhu vyčerpávající se snahou, zachovat mu volnost soutěže jako spořádanou možnost pro každého se tam uplatnit.

Zájmy tyto jsou povšechné, anonymní, nerozlučné od pojmu soutěže a vyžadují právní ochrany jako konkrétní záruky abstraktní spořádanosti trhově.

Zde máme ono specificum, čekající na svou zákonnou úpravu, jejíž předmětem nejsou subjektivní práva konkurentů, nýbrž objektivní pořádek konkurence, jakožto její racionalisovaná volnost.

Tímto rozbořem dospíváme k prakticky důležitému závěru, že se při celé akci potírání nekalé soutěže zákonem speciálním jedná o problém práva policejního, takže předem nám jest zamítati každou kriminalisaci (soudní trest) těch kterých skutkových podstat.

Hledající odpověď na druhou otázku, podle jaké metody se má daná látka legislativně zpracovati, musíme dbáti i historického vývoje, jako nahromaděného materiálu experimentálního, i úvah čistě deduktivních, jako neprejudikovaného tvůrčího criticismu.

Jest logicky pochopitelné a prakticky správné, že specialisující zákonodárství se bralo ve stadiu počátečných pokusů cestou kasuistiky, jak nasvědčuje příklad Německa a prvních kroků mezinárodního práva na tomto poli. Napomáhal tomu též způsob nazírání právnické ortodoxie, která viděla svět jen brejlemi striktního práva, požadující přesné formulky pro veškeré konstrukce obligační a trestní.

Oblast těmito methodami neuchrannitelných zájmů hospodářsko-právních zůstávala dlouho terra incognita, ačkoliv už dosti záhy se obeznamovali s objektivní povinností hradit škodu nezpůsobenou vlastní subjektivní vinou.

Jest rovněž jenom důsledkem zásadní nespecialisovanosti, a nikoliv skutečnou předností, kritikou ve francouzském právu a soudnictví jako zvláštní exaktnost pochvalovanou, že tam postačovala interpretace článku 1382. code civil (tout fait queleconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé à le réparer). Přezírá se i zde, že se v soutěži uplatňují zájmy, kterým se nezjednává reparace zplna

ani náhradou škody ani trestem, nýbrž hlavně zachováváním konkurenčního pořádku samého.

Německo konstruovalo ve svém novém, od 1. ledna 1900 v celé říši platném občanském zákoníku, čl. 823. a 825. institut náhrady škody na neobyčejně širokém základě, a přece se nestal speciální zákon proti nekalé soutěži ani formálně ani věcně o s o l e t n í m, jelikož občanský zákoník má na paměti nabytá práva, subintelliguje dolus a pracuje s náhradou škody.

Výtka činěná rakouské judikatuře, že nedovedla využití normativní potence všeobecného předpisu § 1295. občanského zákoníka tou měrou jako francouzská judikatura, nebyla věcně založena, jelikož se tu správně počítávala potřeba specifické úpravy, pro nepostačitelnost reparačních nástrojů konservativního práva a vratkost konstrukce fiktivních práv po způsobu francouzské *achalandage*.

Methodou pouhé interpretace, a to sebe extensivnější, se nedá problém potírání nekalé soutěže řešit, i kdyby občanský zákon dával soudu k ruce vodítka tak volná, jako je navrhovala osnova něm. občanského zákona (§ 705.) prvního čtení řkouc: „*als wi d e r r e c h t l i c h g i l t a u c h d i e k r a f t d e r a l l g e m e i n e n F r e i h e i t a n s i c h e r l a u b t e H a n d l u n g, w e n n s i e e i n e m a n d e r e n z u m S c h a d e n g e r e i c h t u n d i h r e V o r n a h m e g e g e n d i e g u t e n S i t t e n v e r s t ö s s t*“.

U porovnání s francouzským znamená německý právní stav nesporně pokrok svou specialisovaností.

Právní potřebě v plném jejím rozsahu německý speciální zákon však nevyhovuje pro svou metodu kasuistickou. Zajišťuje-li německý zákon svou kasuistiku dodatečně tak zvanou generální klausulí, tož znamená nutnost takové povšechné klausule přece jenom *désaveu* použité metody kasuistické, a nikoliv její dotvrzení.

Je-li za těžko pojem loyality pozitivně definovat, jest technicky nemožno předem všechny druhy a způsoby deloyality hospodářské soutěže vypočítávat. Legislativní praxe a doktrína seskupují sice podle jistých kritérií počiny nekalé soutěže v určité ustálené třídní typy, ale i ty řady jsou neúplné a trpí jednak všeobecností jednotlivých tříd a dále tím, že v sebe pojímají i počiny, které vybočují ze speciálního rámce, jsouce už diferencovány jako poruchy rite nabytých práv jiných subjektů.

Stojíce na stanovisku hospodářsko-policejního práva, nepotřebujeme nijak nehybných formulí pro legislativní řešení problému.

Úctyhodné, v konservativním právu povždy platné imperativy: „nulla poena sine lege“ a „co není výslovně zakázáno, jest dovoleno“ podléhají tam, kde veřejné právo jest prostupováno požadavky moderního hospodářského a sociálního života, kompromisům. Vždyť už i dřívější policejní stát si dovoľoval podobné kompromisy, jichž příklady do dnes platí jako známé policejní patenty (1854) a nařízení (1857).

Zamítajíce tudíž metodu kasuistickou a nemajíce rovněž možnosti legislativní potřebě posloužití jednotnou, svrchovaně exaktní normou, navrhuje metodu zvláštní, kterou jest zároveň dán celý *modus procedendi*.

Ponecháváme zájemcům, aby v mezích objektivního práva z volné, nijakými definicemi nepoutané úvahy, uznávali sami, je-li ten či onen počín aktem nekalé soutěže.

Zájemci jako činitelé soutěže znají trh a jeho věcnou i osobní strukturu a dovedou jako odborníci nejlépe posoudit nebo vycítit, co jest při vzájemné soutěži *contra bonos mores*.

Nejenom odbornou znalost věci i nezbytnou objektivnost by zaručovala kolegia expertů, jsouce exponentem svého povolání, které má kolektivně nejvitálnější zájem na zachovávání spořádanosti soutěže.

Namítalo-li by se, že při takové judikatuře *in propria causa* bude docházeti ku třídní znemravnělosti po vzoru solidarity hospodářsky zvrhlých kartelů, nebo že silný jedinec prosadí svůj hmotný zájem na úkor ideálního zájmu třídy, tu dlužno odvětit, že kontrola veřejným míněním a dozorcím úřadem k provádění vot expertů povolaným vykonávaná, by byla účinnou zárukou proti uskutečňování podobných choutek. Rozumí se samo sebou, že by jedinec, *in concreto* jako strana zúčastněný, byl vyloučen ze součinnosti při příslušném sboru znaleců. Ale i jinak by jedinec nebyl tuze sváděn, zneužívat svého soudcovského postavení na př. upřílišenou přísností vůči nepohodlnému konkurentu, jelikož by tak, stoje sám také na kolbišti soutěže, mohl prejudikovat vlastnímu zájmu.

Odborná znalost zájemců povolaných k činnosti expertů stačí úplně pro úkoly navrhovaných autonomních areopagů; nejednáť se tu o aplikaci dané právní normy, vyžadující soudcovy uče-

nosti, a sborové votum expertu má, podléhající přezkumu dozorčím úřadem, přece jen podmíněnou exekvovatelnost, a to pro obor správní.

Sbory expertů by předkládaly vota, na nichž se řádně usnesly, příslušnému úřadu politickému jako svému úřadu dozorčímu. Dozorčí úřad by pak, aniž by směl meritorně revidovat prejudikát expertů, pouze zkoumal, nepřičít-li se expertisa platným předpisům práva, pokud toto jest *jus cogens*, nebo vyšším celkovým zájmům národního hospodářství v domácí a mezinárodní soutěži.

Není-li po těchto stránkách závady, nařídí dozorčí úřad provedení prejudikátu odpovídajícím pořadem instancí, buď že vydá *z á k a z* nekalým uznaného počínu nebo *p ř í k a z*, kde nekalost soutěže jest povahy omisivní, anebo že uloží policejní *t r e s t* a nařídí *z a b a v e n í* předmětů a pomůcek nekalé soutěže, vždycky *i n c o n c r e t o* vůči rušiteli.

Znalecké sbory, na nichž činná účast by byla občanskou povinností všech zájemců, by mohl zákonodárce, upravuje do podrobnosti jich složení a nařízení, přičleniti existujícím čelným organisacím zastupujícím hospodářské zájmy větších okrsků oborových i územních, na př. obchodním a živnostenským komorám.

Sbory by se usnášely na svých votech buď z popudu dozorčího úřadu neb na stížnost určitým způsobem soutěže omezeného konkurenta nebo konsumenta, takže by kruh osob ke stížnosti legitimovaných byl takřka jako při jakési *actio popularis* rozsáhlý. Odepře-li znalecký sbor a *l i m i n e* o stížnosti strany jednati, může se strana odvolat k dozorčímu úřadu, aby sboru jednání uložil.

Znaleckému sboru by sloužil jako stálý technický poradce právnícky školený tajemník, který by také uveřejňoval vota sborová, jichž provedení dozorčí úřad nařídil.

Jednáním na základě speciálního zákona o potírání nekalé soutěže by se nijak nevyklučovala, tam kde projednáváný fakt nekalé soutěže jest zároveň kvalifikován jako trestní čin po rozumu jiných zákonů anebo jako obligační titul po rozumu norem o náhradě škody, možnost dalšího současného postupu podle těch kterých předpisů.

Specialisace našeho pozitivního práva podle uvedených návrhů znamená očividně zjednodušení celého problému a odpovídá

duchu času, vyžadujícímu vydatné odbyrokratisování veřejné správy, nanejvýš v oboru národního hospodářství.

Poznávat hospodářskou potřebu a hájit její zájmy i tam, kde se tyto zdánlivě uzlí, dovede nejlépe — pokud nejde o vyšší zájmy národního a státního celku — autonomie odborníků stojících se svou ctí a se svým statkem v činném hospodářském životě.

Životem zkušeného člověka zajisté ani nenapadne, aby podlamoval autoritu institucí, které jsou pilířem civilisovaného pořádku ve státě, a žádal, aby někdo byl vyjímán z právomoci svého řádného soudce; než zatěžování soudce úkoly hospodářské policie by rovněž nebylo záhodno.

Policejní kvalifikace konkurenčních přehmatů po rozumu navrhované úpravy skýtá mnohé úlevy po stránce občanské opportunity.

V překotném reji na trhu zápolících vztahů a zájmů, kde nemůže platiti enostné „ama nesciri“, propaganda a její reklama snadno zvábí ku přemíře i jinak střizlivého účastníka, a bylo by zajisté nepřiměřeno, kdyby se tu ihned ukládaly difamující tresty soudní.

Tak by se dala zákonem uzpůsobit ochrana soutěže proti jejím výstřelkům pro dosah domácího trhu, aniž by bylo nutno rozvracet po základy jeho vzezření a život.

Vzájemnost domácího a světového trhu však nedovoluje, aby ji přehlížel, kdo chce uspokojivě řešit problém nekalé soutěže. Jest pravda, že hospodářská neodvislost jest netoliko doprovodem, nýbrž i předpokladem politické neodvislosti státu. Ale trh a soutěž na něm se spravují pravidly politicky neomezitelného kosmopolismu, kterému i široké rámce jako: Střední Evropa, Západ, Východ, kontinentalismus jsou tuze těsný. Jest třeba, aby skutečně existující mezinárodní reciprocita docházela i pozitivně právního výrazu.

Nástroje má mezinárodní právo k podobným účelům ve svých povšechných a zvláštních traktátech (obchodní a speciální smlouvy) a uniích pohotově. Jest známo, že si jednotlivé zájmové relace obzvláštní mezinárodně-konkurenční aktuality (na př. autorská práva umělecká, literární a průmyslová a ochrana označování místního původu zboží) už dříve vynutily přilehající konvence (Paříž, Madrid, Washington, Bern).

Podotýkáme in parenthesi, že autorská a podobná práva najmě z oboru živnostenského, jako práva firmy, patentů, známek, vzorků nepojímáme — jak jsme svrchu naznačili — v rámcích právních zájmů, jichž má hájit speciální zákon proti nekalé soutěži, jelikož se tu jedná o individuálně nabytá, subjektivní práva, jichž národní a mezinárodní ochrana jest detailem občanského a trestního práva.

Vítáme s povděkem, že tvůrcové mírových smluv versailleské a st.-germainské pamatovavše ve své obdivuhodné všestrannosti i na problém nekalé soutěže, položili články 274. a 275. (Versailles) a 226. a 227. (St. Germain) základ k slibné úpravě mezinárodní.

Byť i konstrukcí i dispozicí neodpovídaly zmíněné stipulace přísnější kritice právníka a politika, jelikož jsou formálně povrchní, meritálně kusé a operují s mezinárodně nejzávažnějším požadavkem reciprocity jednostranně, dbajíce očividně ochrany několika málo druhů zboží (ochrana označování místního původu vín a lihovin), jest přece jich praktický význam jako popud k autonomní úpravě celé materie patrný.

Pro Německo s jeho pokročile specialisovaným zákonodárstvím jest to více povahy exekutivní, kdežto Rakousku tím uložen značný úkon legislativní.

Předpokladem a prvním stupněm mezinárodní úpravy jest, aby odborné zákonodárství jednotlivých států dostoupilo jisté úrovně vzájemné, neboť jednostranně zaostalý stát nemůže přejímat bez poškození vlastních zájmů závazků z reciprocity vůči vyspělejším státům a jednostranně nad úroveň druhých států pokročilý stát by stejně škodil zájmům vlastních příslušníků.

Druhý, a to již specificky mezinárodní stupeň úpravy, je stanovení reciprocity, t. j. že výhody autonomního práva se poskytují i cizincům, buď na základě předpisů dotýčených zákonů (jako na př. podmíněčné předpisy živnostenských zákonů), buď v rámci všeobecných smluv obchodních (zvláštní stipulace nebo klausule nejvyšších výhod) anebo samostatnými úmluvami.

Třetí a vrcholný stupeň úpravy znamenají zvláštní odborné smlouvy mezinárodní, jimiž se stanoví nové materiální právo mezistátní povahy, jehož uplatňování se ponechává úřadům toho kterého smluvního státu aneb ukládá v tom či onom rozsahu zvláštním mezinárodním orgánům (unie, mezinárodní bureau etc.). Této formy se bude na poli mezinárodní soutěže, jako dosavad,

užívat při úpravě vztahů, jichž technická, hospodářská a právníková povaha vyžaduje přesné diferenciaci.

Doufejmež, že se smířeným národům světa podaří v zájmu tržové solidnosti válkou tolika pokleslé vydatně těžiti z možnosti daných Svazem národů, jehož praktický horoskop se zdá po stránce sociální a hospodářské slibnější než po stránce politické.

My, kteří jsme do své nově zařízené státní domácnosti převzali z trosek Rakouska zákonodárný inventář, máme velmi kusou úpravu pozitivní, ale bohatý a cenný materiál pracovní, z činnosti parlamentu, anket a správní i soudní judikatury, jež odborná literatura s důstatek prozkoumala.

Z pozitivních norem, jejíž první ukázky, nasazující na staré cechové řády, sahají až do 18. století, zasluhují zvláštního povšimnutí předpisy rakouského živnostenského řádu (§§ 44—50), podrobně specialisující, stanovící povinnosti, práva a zákazy konkurenční a postih buď veřejný, buď k návrhu strany. (Kompetenční předpis § 114. odst. 3. lit. i. jest pro dosah živnost. společenstev výchovného významu). Z rámce živnostenského práva dlužno zde ještě vytknouti zákon o výprodejích (z 16. ledna 1895).

Zajímavé stati ochrany správného označování místního původu zboží dotýká se speciální zákon o označování ohmele (z 17. března 1907). Z tak zvaných válečných zařízení zabývá se ministr. nařízení ze dne 26. ledna 1918 (č. 25 ř. z.) ochranou obecnstva proti jeho klamání při odbytu zboží po stránce jakosti a způsobu výroby.

Otázka, zda a pokud mimo nové Rakousko na půdě bývalého Rakousko-Uherska povstale státy vstupují v závazky Rakousko-Uherskem jednotlivými obchodními a jinými mezistátními smlouvami v oboru potírání nekalé soutěže převzaté, není výslovně ujasněna.

Mezi materiáliemi z parlamentní činnosti a z různých odborných anket v Rakousku nahromaděnými jsou zvláštní důležitosti ony, jež se obírají nevyřízenými osnovami zákonů o nesprávném označování původu (provenience), o zkracování co do množství a jakosti zboží (Quantitäts- und Qualitätsverkürzungen) (XI. sese 1895 říšské rady, posl. sněm.) a o potírání nekalé soutěže vůbec. Touto roku 1901 parlamentu předloženou osnovou chtěla rakouská vláda, jak ministerstvo obchodu svým výnosem ze dne 7.

září 1899 č. 47800 obchodním komorám předem oznámilo, na základě zkušeností nabytých v Německu zvláštním zákonem o nekalé soutěži ze dne 27. května 1896 upravití celou materii jednotně.

V Uhrách, kde byla legislativa na tomto poli zdrženlivá, měli od 30. června 1894 platný zákon, článek XXXIV. z roku 1893 o správném označování množství obsahu paketovaně prodávaného zboží a smluvili roku 1907. s Rakouskem ochranu označování místního původu tokajského vína.

Obchod ve službách potřeby umraveného lidstva se řídil pravidly slušnosti a důvěry, staršími nad každé pozitivní právo. Zvrhly-li se konkurenční způsoby na trhu, pak jest naléhavým úkolem zákonodárství, aby pozitivními sankcemi zabezpečilo očistu a vrátilo hospodářskému životu solidnost, která jest jeho základní zárukou doma i v cizině.

Dr. Volkar:

Účast občanstva v jurisdikci okresních a župních úřadů.

Rozpadnutím rakousko-uherské monarchie uvolnil se pokrok též ve snahách odstranění zastaralých zvyklostí a norem centralisujícího, jednostranného systému veřejné vnitřní správy. Osвобоzení a osamostatnění národové chopili se vlastního zbudování této správy dle potřeb moderního života, vyhovujících kulturním a národním požadavkům. O zdokonalení soudnictví ve správě pracovalo se po desetiletí i v našem písemnictví, při čemž bylo hleděno na daleko pokrokovější úpravu toho oboru veřejné správy v našich sousedních německých státech. Nedá se popírati, že se též se strany některých rakouských vlád a orgánů vědeckých, přihlíželo na nahromaděné překážky, zadržující náležitý postup veřejné vnitřní správy. Koerberovy studie o reformě veřejné správy z roku 1904 vytkly důkladně vady, jichž odůvodnění nebylo z žádné povolane strany popíráno. Návrhy na odklizení a urovnání nedostatků, zvláště zamýšlené vytvoření správní justice však pro různé poměry kulturní, národnostní a politicko-historické jednotlivých zemí v celku nevyhovovaly, byly z valné části cizího právního a kulturního původu i přesvědčení.

Koerberovy zásady o organickém sloučení veřejné správy státní se samosprávou zemí a okresů, o uspořádání správního soudnictví ve vnitřní správě, povolání do něho občanského živlu, o úpravě správního řízení pro výkon správní jurisdikce jakož i trestního policejního práva, byly předmětem čilého rozboru theoretiků i praktiků, při čemž často převládaly stranicko-politické a národnostní náhledy i protivy; vznikla z toho celá literatura. Odborné projednávání otázek reformy veřejné správy vnitřní i finanční bylo pak vládou uloženo zvláštní komisi, r. 1911 do Vídně svolané. Působnost komise byla ustanovena na dobu tří roků. Záslužné a velice obsáhlé práce byly ukončeny r. 1914 a státní tiskárnou uveřejněny. O celkovém pozitivním výsledku prací této komise však nelze mluvit, neboť ke konci mnohých porad v rozličných výborech a komisích členové redakčního výboru, kteří měli formulovati plenární usnesení o návrzích organizace vnitřní správy, pro odchylnost náhledů se nesešli ke konečné redakci celkového elaborátu komise. Někteří členové pro různost názorů své hotové návrhy odvolali. V některých výborech komise byly vypracovány důkladně odůvodněné návrhy zákonů a nařízení pro jednotlivé obory reformy vnitřní a finanční správy, o nichž se níže na příslušném místě zmíníme. O mnohých z těchto návrhů, zpráv a motivů, resolucí a usnesení výborů komise, nalézáme odborné příznivé úvahy v českých časopisech, z čehož lze souditi, že se dá toho materiálu i pro reformní práce českoslov. republiky s dobrým výsledkem použiti.

Působení laického živlu ve vnitřní správě — politické — nebylo za rakouského zákonodárství a režimu z administrativy vyloučeno; ve mnohých centrálních státních i autonomních úřadech byly zřizovány poradní sbory a komise znalecké, které se dobře osvědčily. Pro školní i berní správu byly volbami povoláváni zástupcové občanstva; v autonomní správě působí vůbec občanstvo. V politické správě máme starší a též osvědčené zařízení o účasti občanstva ve správě jurisdikce. Dle branného zákona a prováděcího nařízení (instrukce) jest totiž ustanoveno, že se má o žádostech (reklamacích) za přiznání úlev ve vykonávání činné vojenské služby presenční u odvodních okresních komisí rozhodovati. Přípravné řízení provede okresní hejtmanství pro tuto komisi, která je složena z členů vojenské správy (velitelů doplňovacích okresů řadového vojska i zeměbrany) i správy politické,

totiž okresního hejtmana i jednoho referenta jeho. Do této komise patří též dva členové okresního výboru jako experti a důvěrníci odvodní komise s poradním hlasem. Postup při rozhodování o reklamaci byl ten, že dal okresní hejtman jako politický předseda odvodní komise svým referentem komisi sdělit žádost s návrhem o rozhodnutí; po té se měli vyjádřit vojenští členové komise, pak experti autonomních úřadů. Když vojenští členové nesouhlasili s návrhem okresního hejtmana na vyhovění přednesené žádosti, musel se spis předložit druhé stolici, avšak prozatím zůstalo rozhodnutí okresního hejtmana v platnosti. Okresní experti mohli podat stížnost proti vyhovění žádosti. Straně bylo ovšem též vyhrazeno právo odvolání z rozhodnutí odvodní komise. V mnohých zákonech se setkáváme s příkazem, aby bylo u komisionálního šetření dbáno hlasu i rady zástupce obce a okresu.

Základní překážky politické i národnostní pro vybudování a konsolidování potřebné státní správy ve všech jejích oborech odpadly samozřejmě zrušením státního ústrojí a zřízení.

Jednotná úřední a národní organizace českosl. republiky musí si zjednat jasně a pevně zásady veřejné správy politické jako strážce pořádku i zákonnosti veřejného života. Vnitřní správa se má soustředit v jediném státním úřadě, každá dvojí-
tost správy překáží výsledku. Lid má být sám svým správcem, tedy mu patří taková organizace správních úřadů, jejich kompetence a řízení, aby živel občanský v úřadech těch co nejvýdatněji platně byl zastoupen. Tento požadavek nové reformy vnitřní správy demokratické vede nás k otázce, zda a do jaké míry má být občanskému živlu umožněno účastnit se jurisdikce veřejnoprávní. Záležitost tato jest v našich sousedních státech v celku dávno již rozhodnuta, avšak v jednotlivostech, organizaci, kompetenci a v řízení stále sporná a proto také nestejně upravena. Že rakouská vládní praxe na účastenství občanského živlu ve správě jurisdikce politických úřadů nepomýšlela, seznáváme z osnov komisí pro správní reformu, vypracovaných pro ministerské nařízení o jednacím řádu u okresních hejtmanství (okresních školních rad), jakož i pro úpravu řízení u nich. Ustanovení ona vyhovují však

i dle uveřejněných úsudků českých spisovatelů v plné míře požadavkům, kladeným pro náležité obstarávání správní jurisdikce. Správní justice — nalézání práva — byla u politických úřadů všech instancí dle zákonného obsahu prováděna a správním soudním dvorem kontrolována. Rakouská vnitřní správa neselhala z války pro svou nedostatečnou organizaci a přidělenou kompetenci politických úřadů, jak se obvykle za to má, nýbrž z důvodů na snadě jsoucích, že nebyla a nemohla býti zařízena pro přikázané úkony po tak dlouhou dobu trvající. Místo, aby se schopné síly k úřadům přibíraly, odebíraly se jim a nahražovaly neschopnými manipulanty, nezalými věci i řeči. Hlavní však příčinou pokleslosti politických úředních orgánů ve všech stolicích stala se divoká ingerence vojenských orgánů, pro onu službu docela neschopných, zákonů nezalých.

Naše nynější zákonodárství pustilo se do úprav správní jurisdikce u okresních a župních úřadů s hlediska radikální demokratisace. Dle § 86. zákona ze dne 29. února 1920 o ústavní listině čsl. republiky má býti v nižších státních úřadech správních podle možnosti zastoupen živel občanský a budiž postaráno při správních úřadech o nejvydatnější ochranu práv a zájmů občanstva (správním soudnictvím). §§ 4. a 5. zákona téhož data o zřízení župních a okresních úřadů v republice čsl. zavádějí účast občanstva ve správě okresní a župní podle ustanovení zákona jednak okresními výbory a župními zastupitelstvy, jednak okresními a župními senáty. §§ 58. a 93. pak ustanovují, že o účastenství župních zastupitelstev a okresních výborů při rozhodování veřejnoprávních sporů určuje zákon vydaný dne 9. března 1920 o správním soudnictví u úřadů okresních a župních č. 158 sb. z. a n. čsl. republiky, jehož návrh předložil ústavní výbor zároveň s osnovou zákona o okresních a župních úřadech; zákonem tím se upravuje zvláště organizace senátů okresních, městských a župních. Zvláštní ustanovení má § 99. téhož zákona, pro Čechy, kde dříve působily v samosprávě okresní zastupitelstva a výbory i zemský výbor v příčině příslušnosti dozorčího práva nad obcemi a nad okresními výbory, že se toto dozorčí právo příště jen s výhradou správního soudnictví může vykonávati. Také okresní náčelník (hejtman) a župan (župní výbor) může dozorčí právo příslušející mu dle zákona vykonávati jen s výhradou správního soudnictví. Takovéto pravidlo existovalo i dosud pro

vykonávání dozorčího práva nad úřadováním okresních hejtmanství v Čechách.

Ze zprávy ústavního výboru o návrhu zmíněného zákona vyjímáme tyto výklady: Státní ústrojí správní má se sloučiti se živlem občanským tím, že nové úřady okresní a župní budou úřady smíšenými, sestávajícími ze sborů volených a z úředníků státních; občanstvo má být zákonem povoláno k rozhodující činnosti ve správním soudnictví v rozsahu dosud nikde neuskutečněném. V důvodové zprávě vládní se právem poukazuje na velmi nesnadný problém této organizační činnosti a poznamenává, že se otázkou organizační problém reformy správy nevyčerpává, nýbrž že bude nutno přikročit k řešení otázek stanovení správního řízení a ručení státu za škody, způsobené jeho orgány, v čemž zároveň vězí otázka odpovědnosti úřednictva, které se má převychovávat.

Dle § 37. zákona ze dne 9. března 1920 jsou trestní věci policejní z působnosti okresních a župních senátů vyloučeny. Pro tu kompetenci bude naléhavě nutno přikročit též k jakémusi uspořádání norem tohoto předmětu, alespoň v objemu hlavních politických agend, jako živnostenského řádu, zákona o vodním právu; zde i v jiných větvích politic. trestního práva je často třeba nejen vyřknouti trest, pokutu, nýbrž i zjistiti a rozhodnouti o náhradě škody způsobené trestním činem neb opomenutím v t. zv. odhaesním řízení, které také postrádá moderní úpravy. Také bude nutná kodifikace trestního policejního řízení; začátky byly již podniknuty.

I. Pro vykonávání správního soudnictví — nalézání práva — je především zapotřebí zákonné úpravy oprávnění správních orgánů, která se ve svých funkcích mají spravovati dle vlastního uvažování; teprve úpravou těchto oprávnění správních orgánů a vymezení individuálních práv vzhledem k správě nastává možnost ustanovení zvláštních orgánů, jimž se svěří ochrana zákonných předpisů i ochrana individuálních práv jednotlivcových. K tomu účelu mohou býti povolány jednotlivé osoby právnický vzdělané, státní úředníci, anebo zároveň s nimi také osoby volené občanstvem, znalci a důvěrníci ve smíšených úřadech, kolegiích. Správní jurisdikce může se u nižších úřadů prováděti buď jednou osobou, zkoušeným úředníkem, za příbrání odborníka, znalce, zároveň ve vykonávání jiných funkcí veřejné správy, jak se to dělo u rakous-

kých pol. úřadů I. stolice, nebo kolegiálně s občanskými důvěrníky dle přesně určeného řízení, ve výborech nebo senátech správních úřadů, což je pravidlem v některých německých státech. Správní soudnictví v pravém slova smyslu vykonávají jak u nás tak i v cizině řádné správní soudy, obsazené vesměs zkoušenými, právnícky vyškolenými soudci z různých oborů veřejné správy i stavu soudcovského.

Do působnosti jurisdikčních výborů a senátů u našich nižších a středních stolic správních úřadů budou patřiti i záležitosti volné vnitřní správy, často spojené s jurisdikčními funkcemi. Postup ve správní jurisdikci je volnější než u soudu; správní úředník nesoudí, nýbrž nalézá toliko právo; buď z vlastní úřední iniciativy anebo na návrh účastníka, žadatele či žalobce. V této funkci může se pohybovati i mimo přesná pravidla správního řízení v mezích splnomocnění užívati pravidel platných pro volné uvažování v případech posuzování veřejných zájmů, účelnosti a vhodnosti; uvažování takové není věcně neobmezené, nýbrž vázáno ~~projednáváním~~ předmětem úředního jednání. Úkol správního orgánu záleží často v intenci zákona, aby pátral, uznal, rozhodl se a vyjádřil o stavu dotýčné záležitosti, třeba nejde o rozřešení sporu stran. Záležitosti toho druhu se vyřizují prostým ústním sdělením výsledku šetření, aneb opisem komisionálního protokolu, nebo výsledkem účastníků na př. při schválení převozoven výrokem: živnost je přípustna ve veřejném ohledu. Mnohé předměty veřejné vnitřní správy jsou takové povahy, že se rozřešení vzniklých sporů stane toliko znaleckým posouzením i vyjasněním věci; v takovém případě se vyřkne a vydá potřebné „osvědčení“, úřední potvrzení o výsledku jednání; tak se sporům předejde.

Jiného rázu jest projednávání veřejných právních sporů stran dle zákonů daných na ochranu osobních práv a zájmů jednotlivcových jakož i celých skupin společnosti. Spory takové mohou vzniknouti jednak mezi jednotlivcem proti správním orgánům úřadu, když snad porušil právo svým rozhodnutím či opatřením, jednak mezi jednotlivci samotnými — skupinami — pro vzájemné porušení osobních práv a zájmů. Takovéto projednávání sporů je podrobena určitým předpisům, jichž správní úřady pod následky nullity jednání, šetřiti mají, načež mají sporné strany zaručený nárok. Rozhodnutí těch sporů se vyřizuje ná-

lezem dle potřeby za určitých kautel. Bližší vyznačení pojmu volné vnitřní správy a veřejnoprávních sporů obsaženo jest v osnově min. nařízení pro jednací řád okresních hejtmanství a pravidla řízení, kterou vypracovala vídeňská komise pro reformu veřejné správy roku 1913, o níž bude pojednáno.

Pokusy některých německých theoretiků o systemisování aktů vrchnostenských správních úřadů, podnikané na základě různých method, neměly uspokojivého výsledku, neboť kritika pracuje dále. Každý čin působnosti správních orgánů má více méně povahu právního posudku, rozhodování, ale připouští zároveň volné uvažování odborníka, znalce věci. Stálé změny a rozšiřování veřejných poměrů, potřeb životních i kulturních, působí na dosah a výklad zákona; i kritika podléhá těm změnám.

Citovaný zákon o správním soudnictví u úřadů okresních a župních nevymezuje blíže kompetenci, totiž poměr k úřadům správním, což má býti provedeno zvláštním zákonem; příslušnost jurisdikčních senátů stanoví se toliko v § 34. takto: „Okresní senáty jsou povolány rozhodovati právní věci, jež podle platných předpisů náležejí do působnosti oněch úřadů okresních, u nichž jsou okresní správy zřízeny. Župní senáty jsou povolány rozhodovati právní věci, jež podle platných předpisů náležejí do působnosti oněch úřadů župních, u nichž jsou župní senáty zřízeny.“

Okresní úřady vykonávají pak dle § 4. zákona o okr. a žup. úřadech ve svém obvodu vnitřní — politickou — správu, jež podle předpisů dosud platných příslušela v Čechách okresním hejtmanstvím a zastupitelským okresům, na Moravě a v Slezsku okresním hejtmanstvím a silničním okresům, anebo tímto zákonem nebo zvláštními zákony byla nebo bude okresním úřadům v čsl. republice přikázána. Župní úřady vykonávají (§ 5.) zase ve svém obvodu vnitřní správu, pokud podle ustanovení dosud platných příslušela zemským politickým správám (místodržitelství), zemským sněmům a zemským výborům, anebo která tímto zákonem nebo zvláštními zákony byla nebo bude župním úřadům přikázána.

Pro určení pojmu „právních věcí“ a „stran“ o nichž dává § 35. a 36. výklad ve smyslu tohoto zákona, jakož i pro vyznačení kompetence účastenství občanského živlu ve správě jurisdikce okresních a župních úřadů — výborů a senátů, mohlo by býti dosti jasně použito přiměřeného ustanovení § 2.

zákona Nár. výboru čsl. ze dne 2. listopadu 1918 č. 3 sb. z. a n. o nejvyšším správním soudě. Nálezy rakouského správního soudního dvora i čsl. nejvyššího spr. soudu jsou spolehlivě a mnohostranně registrovány ve sbírkách, jichž lze snadno použít k posouzení přípustnosti jurisdikční kompetence u navržených okresních a župních senátů. Znění příslušného vrchnostenského výroku, aktu, jako osvědčení, výměr či vyznění, rozhodnutí, nález a opatření obsahu pozitivního, jako nařízení, anebo negativního jako zákaz, nerozhoduje v příčině nařikání jeho platnosti, nýbrž pouze obsah a účel celého aktu.

Dle ustanovení odst. 2. § 2. citovaného zákona čsl. republiky ponechávají se v platnosti z § 3. rakouského zákona o správním soudu, jednajícího o vyloučení některých záležitostí z příslušnosti správního soudu rakouského, toliko předpisy lit. a) a lit. f). V příčině kompetence bývalého rakouského říšského soudu, označené v lit. b) téhož § 3., se ustanovuje v odst. 4. § 2. cit. zákona čsl., že nejvyšší správní soud rozhoduje o stížnostech přikázaných dosud dle článku 3. lit. b) základního zákona státního ze dne 21. prosince 1867 č. 143 ř. z. soudu říšskému.

Podle toho zůstane, jako dosud, příslušnost státních i autonomních administrativních orgánů v platnosti; budou tudíž nadále rozhodovati o politických právech státních občanů, zaručených jim ústavou. Tato kompetence se má tudíž i novým okresním a župním úřadům — senátům, přiznati. Pod politickými právy se vyznačují všeobecná práva státních občanů, o nichž jedná hlava pátá ústavní listiny čsl. republiky.

Dále je podle znění odst. 2. § 2. cit. čsl. zákona také kompetence vyznačená v lit. e) § 3. rakouského zákona o správním soudu převzata do kompetence našeho nejvyššího správního soudu, totiž v oněch případech, v nichž a jak dalece jsou správní úřady oprávněny postupovati dle volného uvažování. Důsledkem tohoto ustanovení dlužno trvati na zásadě, že jest jurisdikční správa též v záležitostech volného uvažování oprávněna rozhodovati a opatření činiti. Konečně je co do stanovení příslušnosti nejvyš. správního soudu v odst. 3. § 2. vysloveno, že se ustanovení § 48. rakouského zákona o správním soudu z r. 1875 zrušuje; § ten pak zní: Příslušnost správního soudu ve věcech policejně trestních bude upravena ve spojení se zákonodárstvím o trestní policii. Rakouské zákonodárství se však toho nedomohlo.

Policejní trestní právo tvoří tudíž důležitý komplex správní justice i nejvyš. správního soudu; toto právo zasahuje bez mála do všech zákonů a nařízení příslušnosti politických i samosprávných úřadů prvé stolice. Není pochybnosti, že se budou jeho vykonáváním de lege ferenda muset zabývat i justiční senáty u okresních a župních úřadů.

Nejzřetelněji se dá otázka příslušnosti správních úřadů v oboru jurisdikce vyjasnití probíráním obsahu některých agend prvé stolice; z takového rozboru lze též seznati potřebnou duševní schopnost orgánů působících ve veřejné správě. Takové agendy by asi byly:

a) Zákonodárství, upravující podmínky nabývání, pozbývání a užívání domovské i státní příslušnosti, jest velice spleťtí a rozsáhlé, pochází ze sedmi period. Spory o zjištění domovské příslušnosti nabývají tím větší důležitosti, čím větší jsou zájmy interesovaných obcí a jednotlivých osob i ústavů. S otázkou domovské i státní příslušnosti jednotlivce souvisí někdy podmínka životní existence jeho rodiny, nárok na hmotnou i osvětovou podporu obce, okresu i země; zaopatřování pro případ onemocnění, invalidity; tu jde o rozhodnutí předpokladu otázky chudinství. V dalším postupu řízení naskytá se nutnost rozluštění sporu o povinnosti náhrady léčebných a ošetrovacích nákladů nemocným a ošetrovacím ústavům aneb obci pobytu příslušníka. Se stavem domovské i státní příslušnosti jest v úzkém spojení záležitost mravní policie, zachovalosti, o níž vede okresní pol. úřad evidenci. Beze zjištěné domovské příslušnosti nelze prováděti zákon o postrku a vypovězení veřejnosti nebezpečných osob. Z těchto i jiných podobných funkcí správních úřadů jest zřejmo, že se jich zdárně nemůže účastniti každý člen leckteré dělnické nebo jiné organisace — laik. Při těchto a jiných úkonech správní jurisdikce se neobejdeme bez znalosti příslušných zákonů. Pro schopnost laika v tom oboru se vyžaduje také zkušenost v životním povolání. Zajisté nestačí formální kladení otázky a odpověď na ni bez možnosti jejího odůvodnění. Podrobí-li se soudce-laik soudci známému práva a záležitosti sporu, není jeho hlas: „ano“ nebo „ne“ nic platný pro ochranu sporných stran; to by byl indolentní votant. Zákonná kautela v soudnictví jest: sporné strany nevydávati neschopným soudcům. Demokratisace správy, zlaicisování správní justice nesmí

jit tak daleko, aby obecenstvo trpělo škodu; tak se osnuje a vyvolává absolutismus ulice!

b) Rozsáhlou působnost mají okresní správní úřady v záležitostech péče o pojišťování dělnictva a zřízenců v závodech; spravování okresních nemocenských pokladen, pojišťování pro případ úrazu, pensijní pojišťování soukromých zřízenců.

Tu se rozhoduje o příslušenství členů dělnictva do různých nemocenských pokladen a úrazové pojišťovny, o řádném přihlášení a odhlášení členů, o příspěvcích do pokladen, o sporech vzniklých z nároku na náhradu vzešlých výloh léčebných a ošetřovacích mezi závody, obcemi a nemocenskými pokladnami. Je na snadě, že se v této kompetenční sféře nalézá také trestní působnost příslušných úřadů a orgánů. Nelze přehlížeti, že se v tomto oboru správního soudnictví občanský živel povolání dělnického zdatně a prospěšně může zúčastniti, při čemž arciť rozhoduje znalost organizačních a životních poměrů, zkušenosti nabyté v zařízení a spravování příslušných organizací, především pak důvěra všech příslušníků, ne toliko jednotlivých dělnických tříd.

c) Docela jiného rázu jest činnost okresních úřadů v záležitostech náboženského kultu katolické církve. Tu je na prvním místě konkurenční řízení ku zjištění práv a povinností uhrazení nákladu potřebného na stavbu, opravu a zachování kostelních i vedlejších budov, farních obytných i hospodářských stavení, příspěvků k zaopatřování kostelních i bohoslužebných potřeb, paramentů. Přispívající konkurenti liší se dle starých, ale dosud platných norem předem v tom směru, že má konkurenční povinnost místa u některých konkurentů teprve tehda, když není hlavní konkurent, kosel farní a mateřský, schopen ze svého výdajného jmění náklad uhraditi. Další rozdíl spočívá v tom, že jsou jiní konkurenti mimo kostel povoláni k úhradě nákladu určitého druhu, ne v celku. Nestačí-li důchody farního kostela, má náklad za řemeslnické práce a hmoty hraditi kostelní patron — majitel velkostatku; zbývající náklad na práce nádenické, podávácké a za dovoz stavebního materiálu se pak rozvrhne dle přímých daní předepsaných katolickým příslušníkům přifařených obcí, osad. Beneficiát jako uživatel hospodářských a obytných budov má sám hraditi náklad, pak-li kostelní jmění není výdajné. Je zřejmo, že se takového řízení a rozhodování může účastniti znalec stavební, účetní a

pokladniční, kterým by náleželo přezkoumání rozpočtu nákladu. Za správné šetření zákonných norem musí ovšem v každém případě ručiti referent, státní úředník právník.¹⁾

d) U všech druhů živnostenských a průmyslových podniků musí okresní politický úřad vyvinovati velmi čilou činnost. Při těchto úkonech jedná úřad zhusta volně sám, jindy zase pomocí svých odborných znalců. Činnost tato obsahuje též rozhodování sporů účastníků přímých i nepřímých; vyřizování žádostí za udělení koncesovaných živností, zvláště živnosti hostinské a výčepnické vyžaduje mnoho šetření místních, rozhodování sporů o právech i zájmech veřejnoprávních i soukromoprávních různých účastníků. Pro schvalování živnostenských provozoven je předepsáno ediktní vyzývací řízení se všemi skutečnými i domnělými účastníky; často se má záležitost i po stránce stavební vyšetřit i vyřídit v dorozumění se stavebním úřadem. Nemenší důležitosti jest vyšetřování a rozhodování trestních případů živnostenského řádu; jde tu někdy o podmínky životní existence živnostníka, jemuž se může uložit pokuta a odejmouti koncesní oprávnění, u vykonávání trestu omeziti i docela zakázati provozování živnosti, konfiskovat živnostní nářadí a uzavříti provozovnu. Úspěšné účastnictví laiků při obstarávání správní jurisdikce v tom oboru lze očekávati od přibrání znalců odborníků v různých živnostech a podnicích, kteří nabyli znalosti a zkušenosti vlastním provozováním živnosti. Znalce — přísedící soudce — měla by vybíratí živnostenská společenstva, po případě tovární podniky.

e) Nejobtížnější úkoly pro správního úředníka, právníka, technika i zdravotního znalce vyskytují se ve vodoprávním řízení, kdež se jedná o existenční podmínky lidského života, polního hospodářství, chovu dobytka, o zužitkování vodní síly k pohonu vodních strojů, pro dopravu zboží a jiné. Správním úřadům náleží především zjistiti okolnosti o právní povaze vodstva, o přípustnosti a míře užívání vody od soukromníka, majitele pozemku, o možnosti všeobecného užívání vody, o zřizování vodních děl, zařízení k bránění se škodlivým vodám, o úpravě vodních toků, o zakládání a správě vodních družstev. Ve vodoprávním řízení jsou otázky soukromého i veřejného práva často úzce spojeny. Zákon splnomocňuje politické úřady, by při luštění takových

¹⁾ V Samosprávném Obzoru z 1879 je toto konkurenční řízení dopodrobna probráno.

otázek užívaly vyvlastňovacího práva proti soukromoprávním účastníkům. Také trestnímu policejnímu právu jest odkázáno široké pole činnosti vyšetřovací a rozhodovací. Tu má místo t. zv. adhaesní řízení pro zjištění náhrady škod, způsobených svévolným jednáním pachatele na vodních dílech a vodotečích neb opomenutím výkonu nařízeného vodoprávním a bezpečnostním úřadem. Výběr občanských účastníků ve vodopravním řízení a rozhodování nebude lehký; obyčejný člověk bez odborné znalosti a zkušenosti v každém jednotlivém případě jednání nemohl by v této jurisdikci úspěšně působit. Správní úřady by se měly s povolanými organisacemi, zdravotními i stavebními znalci, s odborníky různých druhů průmyslu a rolnického stavu dohodnouti o přibrání schopného soudce-laika do senátu, kterému bude spor rozhodnouti.

f) Bylo již výše naznačeno, že správním úřadům prvé stolice přináležela i ve vojenských záležitostech rozhodovací kompetence, jako žádosti rodičů i příbuzných v příčině branců, majitelů zděděných hospodářství za přiznání úlevy při vykonávání branné vojenské presenční služby, rozhodnutí o sporech vzniklých z nároků na náhradu výloh za konanou vojenskou příprě, škod způsobených na poli vojenským cvičením, vyměřování vojenské taksy, přičknutí vyživovacích podpor příbuzným branců i dovolenců povolaných na vojenská cvičení. I trestní kompetence má pro nešetření branných předpisů často místa. Za občanské účastníky v těchto jurisdikčních senátech hodily by se nejspíše živlové, z kterých se armáda pravidelně doplňuje, totiž z kruhů dělnických, živnostních a polního hospodářství.

g) Obor zdravotních předpisů je velmi vyvinut, není zákona veřejné vnitřní správy, který by nebyl propleten zdravotními opatřeními. Nové zákony o ochraně lidského zdraví, o tlumení dobytých nemocí — moru i nákaz — přikazují politickým úřadům a zdravotním orgánům rozsáhlou působnost. Provádění různých úkolů zdravotními zákony předepsaných zasahuje velmi citelně do soukromého majetku, ochrany domácnosti a rodiny. Ohrožení toho druhu se může dít opatřením desinfekčním, přesídlením nemocných lidí, prohlídkou příbytku. Zákon k zamezení dobytčího moru a utlumení dobytčí nákazy splnomocňuje úřední orgány omezením neb zákazem obchodování dobytkem, nuceným porážením dobytka, v kterémžto případě se poskytuje náhrada ze státní pokladny. V trestním řízení pro přestupky a přečiny toho zákona se jedná o značné

jmění provinilců. Schopnost účastníků šetření a rozhodování dle těch zákonů má být zvláště kvalifikována a dle toho i spolučinnost odpovědná. Účast měli by mít zdravotní znalci pro chov dobytka, po případě i obchodníci dobyt看em.

b) Správní okresní úřady jsou i v některých stavebních záležitostech kompetentní; přináleží jim dozorčí právo nad obecními stavebními úřady. Rozhodují v druhé stolici o usneseních obecních stavebních úřadů pro porušení stavebního řádu. Zákon pro ochranu polního majetku, proti polnímu pychu, ponechává příslušnost jednání okr. pol. úřadům pro případ podjatosti obecního představenstva jako trestního senátu; v případě stížnosti pro polní pych proti obecním orgánům — polním hlídačům. Těmto úřadům přísluší také rozhodování o stížnostech proti nálezům obecních představenstev a statutárních měst ve věcech ochrany polního majetku. Podobná ingerence patří okr. pol. úřadům i ohledně šetření ustanovení čeledního řádu. Okresní úřady rozhodují o všech stížnostech — rekursech — podaných proti trestním nálezům obecní rady, obecních trestních senátů, starosty a dvou obecních radních. Volba schopných účastníků z občanského živlu pro případné senáty okresní i župní bude zajisté obtížnou!

II. Co do organizace nižších státních správních úřadů, v nichž bude podle možnosti zastoupen živěl občanský, jednak v okresních výborech, jednak pak v župních zastupitelstvech, aby bylo postaráno o nejvydatnější ochranu práv a zájmů občanstva (správní soudnictví), stanoví § 89. ústavní listiny, že se ústrojí těch úřadů určuje v zásadě zákonem; taktéž znějí §§ 58. a 93. zákona o zřízení župních a okresních úřadů. Nové tyto úřady budou úřady smíšenými, sestávající ze sborů volených, čestných, a z úředníků státních; státní správě má být zabezpečen přiměřený vliv v zájmu jednotnosti a jednoduchosti celé veřejné správy. Všimneme-li si ustanovení zákona o správním soudnictví, neposkytuje nám této záruky organizace jurisdikčních senátů.

1. Okresní senát skládá se z okresního náčelníka a dvou přísedících laiků; okresní náčelník může ustanoviti svým zástupcem některého z úředníků okresního úřadu, jenž má provésti celé řízení. Přísedící mají toliko právo účastniti se ústního líčení a právo hlasovati při usneseních a rozhodnutích; pro každé místo přísedícího bude současně ustanoven i jeden náhradník.

Počet přisedlících a náhradníků stanoví na jeden rok župan; okresní výbor je volí podle zásady poměrného zastoupení; volba — čestný úřad — nemůže býti odmítnuta. Župan může vysloviti, že správní soudnictví pro neúčastenství přisedlících přechází na rok na předsedu senátu. Zvláštní kvalifikace se pro přisedlíce nežadá.

2. V městech s vlastním statutem a v městech municipálních jest povolán k výkonu správního soudnictví starosta města, je-li zkoušený právník, spolu s dvěma přisedlíci. Potřebný počet přisedlících a náhradníků volí městské zastupitelstvo v listopadu každého roku. I tu se nežadá nějaká kvalifikace. 3. Župní senát skládá se ze dvou úředníků a tří přisedlících. Jako úředníci náležejí k senátu župan a jeden úředník konceptní neb odborný župního úřadu. Župan může pověřiti svým zastupováním vyššího konceptního úředníka. Župan určí každého roku, kolik míst přisedlících a náhradníků třeba zříditi; volbu vykoná župní zastupitelstvo; volební řád byl vydán zvláštním zákonem. Úřad je čestný a může býti odmítnut; od zvoleného soudce se nepožaduje zvláštní schopnost, odborná znalost a pod. Podrobnější předpisy o ustanovení senátu a povolání přisedlících vydá ministr vnitra nařízením.

Když je správní soudnictví přikázáno působnosti župních zastupitelstev a okresních výborů (§§ 58. a '93.), jest důsledným požadavkem, aby předsedové jurisdikčních senátů, totiž župani a okresní náčelníci, pokud se týče jich náměstkové, byli znalí veřejného práva, jakož i jich referenti, jinak se nedá očekávati tak náležitá a kýžená ochrana práv a zájmů občanstva. Odůvodnění požadavku toho plyne též z ustanovení § 93. ústavní listiny, kterým se veřejným zaměstnancům bez rozdílu ukládá, aby v úřadní své činnosti dbali ústavních a jiných zákonů; to musí platiti i o občanských členech správních úřadů. Nikdo se nemůže činiti odpovědným za jednání a opomenutí, která spáchal z nevědomosti, na kterých neměl žádného vlivu. § 7. zákona o žup. a okr. úřadech praví: Přednostové úřadů jsou za řádnou správu svých úřadův a ústavů jim podřízených odpovědni podle jednacího řádu, který vydá nařízením ministr vnitra v dohodě se zúčastněnými ministerstvy. Na důležitost úřední odpovědnosti ukazují také ustanovení §§ 20. a 26. jednacího řádu o právech a povinnostech

župního úřednictva při jednáních žup. zastupitelstva a výboru; podobně zní § 75. ohledně úřednictva okresních úřadů.

Zbývá po zevrubném označení kvalifikace předních funkcionářů zmíniti se o působnosti a schopnosti podřízených orgánů. Úřední jednání začínají přípravnými pracemi, které se mají řídit dle důležitosti sporného případu; sem patří důkladné šetření o podstatě sporu, vedlejších příčin, což se obyčejně děje na místě sporu za přibrání znalců a výsledkem účastníků. Řídícímu komisionální šetření přináleží vypracování a odůvodnění návrhu vyřízení sporu. Takové práce mohou a mají samozřejmě prováděti znalci zákona, odborníci školení a dokonale vycvičení v praktickém výkladu zákonů a úředních předpisů. Nelze totiž očekávati, že by se přípravnými pracemi a přednáškou referátu mohli zabývati členové senátu povolani z občanského živlu.

Zákon o žup. a okr. úřadech klade sám na několika místech váhu na to, aby orgány působící ve veřejné správě byly schopny k obstarávání funkcí, jakož i aby většina funkcionářů nepocházela z volených členů. §§ 49. a 88. mají ustanovení o zřízení finančních komisí v žup. zastupitelstvech a okresních výborech; do těchto komisí jest přibrati odborníky. Rozsah oprávnění a povinností laiků-čestných úředníků při obstarávání správní jurisdikce má býti upraven služebním řádem, dle kterého se má též posuzovati odpovědnost těchto funkcionářů.

Organisační činnost jest dle důvodové zprávy vládní vůbec problémem velice nesnadným a vyžaduje pečlivé pozornosti, nemá-li býti nevhodnou a neúčelnou organisací celý rozvoj podvázán nebo na velikou škodu občanstva znemožňován.

III. Po vylíčení zásad, které by mohly sloužiti k určení kompetenčního kruhu a organisačního zřízení nových smíšených sborů (senátů) u župních zastupitelstev a okresních výborů, dlužno konečně přihlédnouti k otázce o zásadách upravujících jednací řád a administrativní řízení pro jurisdikční senáty. § 43. zákona ze dne 9. března 1920 stanoví, že okresní a župní senáty vyřizují věci do jejich působnosti náležející ve zvláštním řízení správním, jež upravuje zákon. Vláda příslušný zákon, v němž zejména řízení byla věnována veliká část, připravila, ale pro krátkost času nebylo možno jej již celý projednati. Jak známo, působil nedostatek a zastaralost předpisů po té stránce moderním požadavkům vyhovujících, největší nesnáze reform-

nímu pokroku za rakouských vlád. První a nejdokonalejší krok v tom učinila vídeňská komise pro správní reformu, když vypracovala a r. 1913. tiskem uveřejnila osnovu ministerského nařízení o jednacím řádu pro okresní hejtmanství a pravidlech pro řízení u politických úřadů; této osnově byly přiloženy „Vysvětlivky“ referenta Schwartzenu-a. O řečeném jednacím řádu bylo uveřejněno ve „Správním Obzoru“, ročník VII., obšírné a jasné pojednání dr. Ant. Hassmanna, jehož úsudek je celkem přízniv a praktičnost jedacího řádu uznána. Úvahy k Schwartzenu-ovu návrhu „Pravidel správního řízení“ a „Vysvětlivkám“ podal univ. prof. dr. Hoetzel v „Správním Obzoru“, ročník VII. Zvláštní pojednání téhož autora jest obsaženo ve „Sborníku věd právních a státních“ z r. 1914. „Jest to účtyhodná práce, a její cenu stupňují vývody „Vysvětlivek“, v kterých vidíme brilliantní ukázkou odborné i stilistické vyspělosti jejího původce“, zní úsudek. Obou těchto prací může se použití se zcela dobrým výsledkem pro úpravu jedacího řízení našich nových jurisdikčních senátů. V návrzích rozlišují se dvě skupiny právní činnosti volná — ryzí správa a nalézání práva v oboru ochrany veřejnoprávních práv a zájmů jednotlivce. Tyto pojmy jsou v osnově přesně odděleny a zvláště vykládány. Jednotlivé funkce a výsledky úředního šetření, přípustnost opravných prostředků a jiné důležité otázky administrativního řízení jsou znalecky dokonale probrány. Zvláštní péče jest věnována úředníkům „odborníkům“ a znalcům ve vnitřní správě; ponechává se jim velká samostatnost ve vyřizování vlastních spisů a návrhů, jsou rovnocenní s právníky a odkázáni na vzájemnou práci i podporu, korreferenty. Celkem se však v těchto osnovách zachovává byrokratický — osobní — princip řízení, buď v osobě chefa okr. úřadu anebo jeho náměstka; oba mají právnickou kvalifikaci. Aby se pro řízení a rozhodování v ponavržených jurisdikčních senátech zjednal potřebný soulad mezi státními úředníky, úředními odborníky a volenými členy — laiky — bude nutno pozměnit a doplnit ona ustanovení zmíněných návrhů, kterými se má upravit organizace a úřední jednání — nalézání práva — v kolegiálních smíšených senátech. Řízení ono by ani nepodléhalo větším změnám z příčin instančních. Kolegiální zřízení záleží v tom, že k vykonávání úředních záležitostí existuje množství úředních osob, jejich rozhodnutí, usnesené předepsaným způsobem, tvoří jednotnou vůli

úřadu. Všechny práce řízení nedají se kolegiálně prováděti; zvláště ve vyšších instancích má byrokratické řízení často místa; předsedati a řízení vésti může toliko jedna osoba, z čeho se odůvodňuje podřízenost účinkujících orgánů. Důležitá je otázka, zdali a jakým způsobem se mohou laici účastniti předběžného a vyšetřovacího řízení. Pokud jde o ústní řízení se stranami u úřadů, nelze o účasti pochybovati, naopak, jeví se býti nutnou. Pro úplnost řízení a náležitou informovanost nemohou se čestní členové senátů vyloučiti ze styku s odbornými orgány pol. úřadu, svědky a znalci, z posuzování směrodatných momentů skutkové povahy ve věcech trestních; také nahlédnutí do úředních spisů má býti volné. Nález o sporu jest společný akt všech členů senátu, taktéž však i jeho odůvodnění. Členové nesouhlasící s návrhem nálezu, podaným referentem, jsou důsledně své odpovědnosti povinni své odchylné náhledy odůvodniti a protokolovati. § 4. zákona o správním soudnictví ustanovuje, že přisedící mají toliko právo účastniti se ústního líčení a právo hlasovati při usneseních a rozhodnutích, ať jsou činěna v ústním líčení, po ústním líčení, či bez něho.

IV. Nemůže asi přesahovati rámec našeho úkolu, jestiže k jeho odůvodnění úspěšné proveditelnosti uvedeme výsledek porad, návrhů a usnesení vídeňské komise pro správní reformu, v letech 1911—14 uveřejněných, o účastenství občanského živlu — laiků — při správní jurisdikci.

V anketě, která měla přípravné práce pro tu komisi, byla též vedena rozprava o správním soudnictví; o podstatě nebyl získán celkový jasný úsudek. Někteří experti se vyslovili proti možnosti vykonávání funkcí ve správní justici dosavadními orgány pol. úřadů; žádali, aby komisionální šetření a rozhodování dle vodního zákona a živnostenského řádu bylo svěřeno řádným soudům, aby do organizace správní jurisdikce byla povolána alespoň polovice funkcionářů ze stavu řádných soudců. Tvrdilo se, že je jen soudcovská nezávislost ochranou obecnosti; jakou zárukou pro tuto ochranu může býti úsudek laika, jenž svůj názor nemůže a také nemusí odůvodniti? Proti působení laiků bylo poukazováno na nedostatečně upravené administrativní řízení.^{*)}

*) Podrobnější propracování viz v článku: Zdokonalení správní jurisdikce u politických úřadů působením komise pro sp. reformu v „Správním Obzoru“, r. VI.

V jednotlivých výborech a v plenárních schůzích komise konaly se však živé debaty i porady o organisaci správního soudnictví, spojeného s účastenstvím laického elementu. Vídeňský univ. prof. dr. Bernatzik vypracoval návrh zákona o zavedení správní jurisdikce o 425 paragrafech, který předložil výborům komise s obšírným odůvodněním a „Přehledem o důležitých zařízeních v cizině na poli správní jurisdikce“, jež sestavil univ. prof. dr. v. Laun. Bernatzik nenavrhuje „soudnictví“ ve správě; dle jeho návrhu tvoří správní jurisdikci toliko zvláštní řízení pro ni platné a sice kolegiální, kde by v ústním řízení účinkoval odpovědný státní úředník a čestný, neodpovědný laik, přisedící volený na jeden rok, t. zv. Zweimännerkollegium. Pro toto řízení jsou navrženy prazvláštní zásady, kterých nelze uskutečniti, a proto také celý návrh ve výborech i v plenární schůzi propadl. V kolegiu „dvou mužů“ má míti každý stejné votum v rozhodování, jeden má právo veta proti druhému, bez souhlasu obou nelze platně rozhodovati, v kterémžto případě se záležitost „devolvuje“ na vyšší instanci, po případě i na třetí, poslední. Zvláštností toho procesu je dále zavedení t. zv. „evokačního“ práva vyšší instance, dle kterého může tato celé skupiny záležitostí vnitřní správy i jednotlivé sporné případy z příslušnosti nižší stolice převésti do kompetence instance vyšší z ohledů na zachování tvrzené odpovědnosti ministra vnitra. U třetí instance ministerstev by kolegium dvou mužů již nepůsobilo, nýbrž komise znalců, poradních členů. Kompetence toho kolegia měla by místa pro případy porušení subjektivních práv i zájmů veřejnoprávních; také rozhodnutí a opatření vydaná politickými úřady dle zásady volného uvažování by podléhala rozhodování dvou mužů. Přisedící kolegia a náhradníci mají býti voleni občanstvem na základě voličské listiny, sestavené okresním hejtmanem a potvrzené místodržitelem; zvláštní kvalifikace se u laika nežadá; volba se musí přijmout, byl by to nucený čestný úřad bez náhrady. Přisedící u II. stolice se měli voliti po ternovém návrhu místodržitele od zemského výberu; úřad ten nebyl by nucený, člen by bral náhradu.³⁾ V celém elaborátu prof. dra. Bernatzika, založeném na důkladné znalosti zákonodárství, najdeme mnohé, vědecky promyšlené zásady procesu, z kterých lze — přes příliš theoretické ideje —

³⁾ O předmětu tom bylo v „Oesterr. Zeitschrift für Verwaltung“ v letech 1916 a 1917 uveřejněno delší pojednání.

úspěšně čerpati bohatý materiál pro praktickou úpravu administrativního řízení.

Hrabě Schönborn navrhoval zřízení okresních a zemských správních soudů, složených ze soudních a politických úředníků; předsednictví u okresních správních soudů měli mítí presidenti krajských soudů; laicky element byl vyloučen. Navrhovatel odvolal však svůj projekt.

Jeden z nejpilnějších seriosních členů reformní komise byl bývalý ministr vnitra, baron Haerdtl. Vypracoval „Základní pravidla reformy pro organizaci vnitřní správy, státní i autonomní, se zřetelem na správní soudnictví“. Ve „Vysvětlivkách“ uvádí případy, ve kterých mnohé zúčastněné strany nenalézají dosud dostatečné ochrany proti nezákonným aktům správních úřadů. Sem patří policejní trestní právo, spory obcí s osadami o majtkové věci, o užívacím právu obecního statku, o národnostních sporech menšin. Navrhl pro rozhodování těchto sporů a pro porušení individuálních práv povahy veřejnoprávní zřízení zemských správních soudů prvé stolice pro jednotlivé korunní země anebo skupiny území. Organizace měla býti taková, že by se rozhodovalo v senátech o třech členech, jeden člen měl mítí zkoušku z občanského, dva ostatní ze správního práva; laikové nejsou připuštěni. Druhou instancí by byl správní soudní dvůr. Politická správa měla býti řízena okresními hejtmanstvími a místodržitelstvím dosavadním způsobem. Když pak byl návrh téhož referenta pro zřízení krajských zastupitelstev a úřadů u komise zamítnut, odvolal Haerdtl tento projekt, modifikoval jej na organizaci policejního trestního práva v tom smyslu, aby trestní nálezy u politických úřadů vydávali jen práva znalí a zkoušení úředníci; u místodržitelství se měly ustaviti tři stálé senáty pro trestní agendu, by tyto záležitosti nebyly tak bagatelně projednávány, jako se to děje, dosud.

Komise modifikovaný návrh jednomyslně přijala. Usnesení to, jako i jiná usnesení měl I. a IV. výbor komise formulovat a redigovat, k čemuž však nedošlo pro nedostatečný počet přítomných členů. Vypuknutím světové války a pro následky válkou nastalých změn v státním ústrojí monarchie zůstaly bohaté, vědeckými methodami provedené práce reformní komise bez přímého pozitivního výsledku. Pro znalce věci, theoretiky a prak-

tíky, činné ve veřejné správě, mají všechny návrhy, zprávy a protokoly této komise stálou cenu.

V. Zlaicisování naší vnitřní správy, státní i autonomní, dalo v novější době také domácím spisovatelům podnět k obšírnému bádání. Pro důležitost objektivního posouzení a úspěšného použití příslušných úsudků o institucích kodifikací zamýšlených zaznamenáváme tyto: Univ. prof. dr. Hoetzel se vyjádřuje v posudku o otázce „Autonomie zemí“, uveřejněném ve „Sborníku věd právních a státních“ z r. 1916–17 takto: „Není pochyby, že spolupůsobení čestných a byrokratických živlů v témže úřadě můž e o sobě znamenati mnoho dobrého, ale nemusí. Všecko záleží na výchově a smýšlení lidu, na jakosti živlů laických a byrokratických. Který systém se lépe hodí na naše poměry, nedá se určití a priori, nýbrž jen empiricky. Máme podobné smíšené úřady: zemské a okresní školní rady, odhadní komise daňové. Jest uznávaným úsudkem, že se tyto organizace neosvědčily.“ Ze statí dra. K. Laštovky, odb. rady minist. vnitra, „Reforma správy politické“ (Správní Obzor ročník XI.) vyjímáme pro náš předmět poznámku: Otázka účastenství živlu laického ve vnitřní správě vyžaduje zvláštní pozornosti; jde o to, aby živlu laickému bylo poskytnuto co nejrozsáhlejší rozhodování, ale ovšem tak, aby tím celostátní zájmy netrpěly. Součinnost občanstva ve veřejné správě bude záležitostí ve spolurozhodování v případech, kdy strana naproti úřadu domáhá se nějakých práv, nebo uplatňuje ochranu svých práv a zájmů; jde tu o myšlenku správního soudnictví. Ale ovšem, veřejná správa, má-li býti řádně obstarávána, potřebuje zdatného úřednictva, jež by, jsouc výborně odborně připraveno, věnovalo se povinností svým s chutí a plnou oddaností: bez něho sebe větší vliv laických elementů nebude míti plného úspěchu.“

Dr. K. Šťastný klade v pojednání „Několik slov k reformě správy“ v Správním Obzoru ročník XI. váhu na to, že „bude nutno, aby praktici ve veřejné správě byli vybíráni pro svůj obor z osob ve svém oboru skutečně zkušených. Nelze tvrditi, že by všichni občané reprezentováni svými volenými důvěrníky (v obecních komisích) stejným právem rozhodovali v trestních senátech jako v záležitostech zdravotních, stavebních, školských, neboť k rozhodování o těchto látkách jest třeba a možno uplatniti v první řadě zvláštní odborné vědomosti. Jest skvrnou řádné

správy, když činnost soudcovská svěřena jest rukám laickým a zanejatým“. K těmto varovným hlasům poji se také apel k politickým úředníkům ve Správním Obzoru roč. XI. „Dnes mluví se o t. zv. odbyrokratisování a myslí se při tom na to, aby na místě zapracovaných úředníků, kteří po léta sbírali zkušenosti. . . vstoupili laici! Nutno bezpodmínečně trvati na tom, aby ve správních úřadech (zejména politických) byli pouze lidé skutečně schopní a vědomí své povinnosti a odpovědnosti, tím větší, čím více lidí neschopných, domýšlivých a prázdných, lidí s malým nebo žádným rozhledem vedralo se do ústředních úřadů“.

Uskutečněním spolupůsobení laiků ve správě jurisdikce okresních a župních úřadů — senátů, bude na správního úředníka z povolání — právníka i odborníka, uvaleno nové velké břemeno ve studiích i pracích. Bude jim uplatňovati vliv v řízení jednání o sporu a o rozhodování vůči laikům; i vůdcové snahy demokratisace — zlaicizování veřejné vnitřní správy musí si býti vědomi toho, že účastenství to, zvláště v obstarávání správního soudnictví, bude vyžadovati duševní vyspělosti, obětavosti, času i práce občanského živlu. Pomine-li nebo ochabne taková snázivost a bedlivost, pak je práce marná a celé zařízení bezúčelné. Kontrola vyšších správních úřadů a soudů nemohla by nedbalost a slabost orgánů překonati, když jest z jejího vlivu vyjmuta.

V rakouské republice ozývají se proti zamýšlené reformě vnitřní správy spolky politických úředníků, jelikož má býti úředník z povolání toliko pomocníkem laika, jenž by chtěl řídit i rozhodovati; úkol odůvodnění rozhodnutí a vyřízení sporu připadl by pak úředníku. O jistotu správního a věcného obstarávání úkolů navržených smíšených úřadů — senátů okresních a župních, má býti postaráno neomylným regulativem: Zákonným zajištěním obsahu práv a povinností, totiž odpovědnosti správních orgánů i státu za škody způsobené liknavostí a neschopností jeho orgánů.

Snahy o demokratisaci veřejné vnitřní správy hospodářské a kulturní jsou chvalitebné, pokud se má správa zdokonaliti, urychlit i zlevnit spolupůsobením občanského živlu; všechny zkušenosti nynější doby učí nás bohužel o pravém opaku toho cíle. Škoda jen, že se o zákonném návrhu tom v poslanecké sněmovně nevedla žádná debata, takže vlastně neznáme náhledy po-

volaných zástupců lidu a širší veřejnosti o posuzovaných jednotlivých ustanoveních zákona.

Agitace, řízené proti úřednictvu z povolání jako byrokratickému, lidu nepřátelskému orgánu, postrádají podstatného odůvodnění. Bureau je kancelář, dílna s pracovním řádem; za nezdar prací v těchto dílnách odpovědno jest především zřízení, nikoli však jednotlivý pracovník. Všichni jsme z lidu pro jeho moc a zdar, avšak vždy vzájemným přičiněním, upraveným danými poměry a nabytými zkušenostmi.

E. Chalupný:

Právní filosofie V. S. Solovjeva.

Do života největšího soustavného myslitele ruského Vladimíra S. Solovjeva (1853—1900) právní problém zasáhl způsobem nejrozhodnějším: svým odporem proti trestu smrti, jež nebál se veřejně projevit vůči samému carovi, když po zavraždění Alexandra II. prohlásil, že jeho nástupce nemá práva k popravě vraha jeho, připravil se o skvělou kariéru a odhodlaně se dal na dráhu samostatného myšlení, proskribovaného oficiální vědou i církví. Po vydání jeho ethického veledíla „Oprávdani je dobra“ B. N. Čičerin, vynikající právník, jež Solovjev sám uznával za „nejvšestrannějšího současného učenice v Rusku a snad i v celé Evropě“, napsal, že Solovjev je pro ruskou vědu — ztracen. Odsudky takové nemohly arci zabránit, aby genius nejznamenitějšího moderního ethika posléze nepronikl k uznání doma i za hranicemi. Je na čase, aby i národ český důkladněji si povšimnul jeho díla, z něhož dosud je do češtiny přeložen (r. 1917 Annou Teskovou) pouze kusý výňatek „Duchovních základů života“, a o němž čeští historikové filosofie nevědí a nepíší ani tolik, jako o nejobskurnějších filosofech německých.

Že v oboru práva závislost naše na literatuře německé jest ještě tužší a tísnivější nežli v oborech jiných, je pochopitelné, když za Rakouska české právo téměř zmizelo z denních pořádků, a když i nejcennější práce velmistra českého práva vyšly jen v jazyce německém. Je konečně třeba, abychom se z otroctví toho vymanili, abychom v československém státě k českému právu

připojili i ryze české myšlení právní. Že k tomu nejvhodnější průpravou je studium myslitelů slovanských, je samozřejmo. A Solovjev, ač v jeho díle právní otázky theoretické mají toliko význam podružný, přece hodí se zvláště dobře za takovou průpravu jednak pro velikost, hloubku a jasnost myšlení svého vůbec, jednak pro smělé své spojení právní theorie s praxí v případě shora uvedeném, jednak i pro to, že opíraje se o filosofii Kantovu a dotýkaje se i jiných nauk německých, snadno se přimyká k dosavadním pěstitelům právní filosofie v literatuře české, kteří (až na jedinou, oficiálně neuznanou výjimku projevů Masarykových) jsou veskrz epigony ideí německých.

Právní nauka Solovjevova obsažena jest dílem v jeho systému ethicky „Oprávdani je dobra. Nравstvenna filosofija“, dílem v studii „Pravo i нравstvennost. Očerki iz prikladnoj etiky“ z r. 1897, těsně se přimykající k dílu předešlému, dílem v drobnějších statích polemických, jež s oběma pracemi právě uvedenými souborně v VIII. svazku sebraných spisů jeho (Sobranije sočiněnij). V úvaze této cituji prostě stránky tohoto svazku dle jeho 2. vydání z r. 1913. Za podnět i laskavé přispění k této práci jsem povinen díky Otakarů Březinovi, stejně velikému básníku jako slavofilu českému.

I. Právo vůbec.

Rozbor pojmu práva Solovjev započíná úvahou o původu práva, v níž celkem se drží obvyklých názorů. Dle nich právo vzniklo v dějinách lidstva zároveň s jinými výtvořmi společenského života, jako řeč, náboženství a umění. „Všecky ty formy, v nichžto žije a působí duše lidstva, jeví se předně jako bezprostřední výraz instinktivního rodového rozumu, působícího v národních massách; rozumu individua jeví se dány, ne jím dobytý neb vymyšleny“. To je ostatně jen zvláštní případ obecného fakta, jevícího se i u včel atd.

Jestli již společenská zvířata mají „formy spoluzití“, jichž porušení (krajně zřídka spáchané) vynucuje reakci, samozřejmě lidská společnost již od počátku měla právní formy objektivně určité. (Sobranije Sočiněnij VIII. str. 523.) Na tomto výkladě zajímavá jest jen shoda s Durkheimovým pojetím jevů společenských; Solovjev totiž v době, kdy psal tuto úvahu, sotva

asi znal formulaci Durkheimovu, nedávno před tím v jeho methodologii uveřejněnou, i dospěl ke stejnému názoru samostatně.

Dle Solovjeva trestní právo, jako přímá činnost rodového ducha, je právo obyčejové, v němž princip spravedlnosti působí ne jako motiv theoreticky vědomý, nýbrž jako přímý praktický podnět ve formě symbolů (VIII. 526). Zde tedy Solovjev podobně jako K. Menger vedle theorie organického vzniku práva přijímá i theorii smluvní. Tvrdí: Osoby vyšedší z prvotní solidarity rodové, osamostatnivší se, nutně vcházejí ve vnější vztahy mezi sebou — smlouvy. Theorie smluvní na rozdíl od organické považuje právo za výsledek účelné, vědomé dohody.

Účelem smlouvy je prospěch — theorie smluvní je utilitární. Ježto prospěch či zájem všech není týž, považuje se za cíl státu prospěch většiny. Ale zvláštní zájmy nejsou totožné ani se zájmy většiny, jeť jich mnoho. Právní stát může chránit jen ty, které neruší zájmů druhých — cílem státu není zájem sám, nýbrž omezení zájmů, umožňující jejich současné bytí tedy rovnost či spravedlnost. Za požadavek normální vlády uznána jest nestrannost a ta je totožna se spravedlností (527).

Tak Solovjev dochází k první své formulaci práva, při níž právo těsně spojuje se státem, a zřejmě má tu na mysli jen právo zákonné, nikoliv obyčejové: „Právo je tedy určení ryze záporné“ — neuskutečňuje zájem, nýbrž jen zakazuje překročit hranice jemu dané. Stát nemůže uskutečnit obecný prospěch dle subjektivních požadavků, t. j. fakticky, ale právně, t. j. v mezích obecného práva plynoucího z relativní či negativní rovnosti všech, t. j. ze spravedlnosti. Poddaní žádají od vlády spravedlnost: neminem laede, tudíž „právo neurčuje se prospěchem, ale obsahuje i formální účel mravní.“

Nepřihlížejíce prozatím ke zmínce o mravnosti, shledáváme, že Solovjevovi právo jest výsledkem součinnosti obou principů: vývoje: organického (historického) a individuálně svobodného spolčení mechanického (neboli: elementárního tvoření národního ducha a svobodné vůle jednotlivců). Prvý princip jest aristokraticky tradiční, druhý revolučně demokratický.

K tomuto dualismu vzniku práva Solovjev připojuje dualism podstaty práva. Vedle rovnosti, o které již výslovněji

mluvil, staví svobodu. Je-li rovnost určením záporným, zákazem překročovat určité hranice, je svoboda určením kladným, samobytností v Kantovském smyslu, t. j. určením, že osobnost lidská jest účelem, nikoli prostředkem k čemukoli. Tato svoboda pak není liberum arbitrium indifferentiae, ale „úplná určitost a zvláštnost každé bytosti jeví se ve všech jejích činech“. Obmezují-li svobodu svou tím, že druhým přiznávají stejnou, mění svobodu svou v právo druhého a rovné právo všech. I dochází Solovjev k druhé formulaci práva: „Právo je svoboda, podmíněná rovností“ (531), což na jiném místě (492) přesněji vyjadřuje slovy, že právní princip je svobodou v mezích rovnosti. Práví dále, že svoboda je principem individuálním, rovnost principem sociálním a právo že tedy jest jejich syntésou (528). Obě dvě pak Solovjev redukuje, jak již shora (528) naznačil, na spravedlnost: svoboda jest podmíněná rovností, rovnost spravedlností (492). Tím Solovjev opět zabočuje do mravnosti, an definuje spravedlnost „jako rovnoměrně použitý soucit“ (493).

Jaký jest logický poměr svobody a rovnosti?

Svoboda je substrát, rovnost forma práva. Odejme tu či onu a právo zmizí. „Před zákonem jsou všichni rovni, bez toho není zákonem.“ A bez svobody není práva, nýbrž násilí (532/3).

Že touto formulací přešínuje se z theoretického výkladu k praktickému reformátorství, Solovjev si netají. Dí výslovně: Rovnost není fakt skutečný, neboť lidé jsou rozliční, ale je to ustanovení rozumu, obírajícího se tím, v čem všichni jsou rovni — osobností a svobodou. Rozum jest určující princip práva (533). Svou thesei svobody a rovnosti považuje za princip práva přirozeného, proti jehož směšování s historickou skutečností se ohrazuje: Přirozené právo jest logicky nutností rozumu, nikoli faktem historickým; je to algebraická formule, do které historie dosazuje skutečné veličiny práva pozitivního (532).

II. Právo a mravnost.

Jak již z předchozího rozboru práva vidno, Solovjev je etikem i v právní theorii a přešínuje se i tam v obor mravnosti. To se srovnává s jeho stanoviskem, že „mezi právem a mravností je podstatná vnitřní spejitost“, že obě jest „nerozlučno ve svém pokroku i úpadku“ (521). Solovjev hned v úvodě své studie

„Právo a mravnost“ odmítl jak protiprávnícký moralism Tolstého, tak absolutně právnícké nazírání Čičerinovo. Shledáme ovšem, že na konec přece jen se blíží Tolstému, jehož připomíná i skvělými logickými antithesami.

Názor o vnitřní spojitosti práva a mravnosti nezastírá Solovjevovi jejich rozdílnost; sám na příklad jednou se vyslovil o zákonech, které stanoví úctu k rodičům, že takový zákon je zákonem zdánlivým, že je to zbytek prastaré smíšenosti pojmů mravních a právních (419). Zajímavě, kterak proplyouvá mezi touto *Skyllou* a *Charybdou*.

Vychází od formálního výsledku předchozích úvah o rovnosti jako principu práva a pokračuje: Ne každé omezení, byť i rovné, je právo. Nejde o pouhou rovnost, ale i jakost omezení. „Pravý zákon“ vyhovuje nejen formě spravedlnosti, ale i její reálné podstatě. Spravedliv a právně dlužník, jenž všem věřitelům stejně neplatí, nýbrž ten, jenž všem věřitelům stejně platí. A ovšem dle Solovjeva „spravedlnost je pojem mravního řádu“ (535).

Zde již Solovjev výslovně definuje právo jako určitý obor, mravnosti přímo podmíněný, ne-li přímo jako odrůdu mravnosti; i jinde (398) praví, že většinou lze právem i spravedlností rozuměti totéž, a sám výslovně považuje spravedlnost za pojem mravního řádu. „Nejvyšší a rozhodné měřítko pro právo a bezpráví je mravnost“ (494). Na tom prý ničeho nemění možnost kollise mezi právem vnitřním a vnějším, jsouť též uvnitř mravnosti kollise. Ani poukaz na vývoj mravnosti a její měnivost nevyvrací tohoto vztahu. Protože však jini myslitelé oddělují mravnost a právo ostřeji, Solovjev některé názory toho druhu potírá.

Předně namítá: Rozdíl práva a mravnosti nelze shledati v negativnosti práva (*neminem laede*) a v pozitivnosti mravnosti (*omnes iuva*), neboť i právo někdy přikazuje a mravnost zapovídá (536).

Po této správné námitce S. formuluje problém slovy: „K stanovení dostatečného principu rozlišení práva a mravnosti nutno najíti v právu živel, který vůbec není spojen s mravností, který je docela prost ethického významu“ (536). Tím opravdu vystihl jádro otázky a všechny další úvahy jeho byly by se velice zjednodušily, kdyby dle tohoto pravidla se byl zachoval, empiricky probral jednotlivé právní obory a jevy, kde by našel ne

jeden, ale spoustu právních jevů mravně indiferentních. Tohoto jedině správného postupu však nechopili se dosud ani právníci, zabývající se právní filosofií; tím méně lze se pozastavovati nad tím, že se ho nepřidržel etik, filosof, mystik a theolog, jemuž konkrétní oblast práva byla přece jen vzdálena.

Solovjev totiž, místo aby sám probíral jevy právní, omezuje se na kritiku teorií právníckých, zejména Iheringovy theorie, jež předmětem práva činí zájem a právo považuje za ochranu zájmů. Solovjev namítá: „Není tu skryta tantologie? Chrání-li kdo svůj zájem podvodným úpadkem, neuznáme toho za pravou podstatu právního principu, — je tu jen zájem „pravoměrný“ t. j. chráněný zákonitou vládou. Z toho vyplývá, že právo je zájem chráněný právem — tantologie. A definice: „Právo je norma zájmů, podrobených veřejné ochraně“ — otázky neřeší. Právo nechrání každý zájem. Sedět doma a duševně pracovat — není chráněno; ale dobývat se do zamčených dveří násilně je zakázáno. Nač jsem si zamkl, zdali pro práci či pro pitku, zákon nerozeznává, také nedovoluje lámat zámek tomu, kdo se dožaduje mé pomoci. Ba právo zakazuje i chránit můj zájem proti mé vůli, na př. přátelé nesmí mne zamknout, aby mne chránili před rušiteli. Příčina je prostá: kdo sedí doma, neškodí nikomu; kdo láme zámek, dopouští se násilí. T. j. „zákon dovoluje nemravnost passivní a zakazuje nemravnost aktivní“ (aktivní a passivní jevy arci nejsou přesně odlišeny). Ale ani tohoto principu nelze provést důsledně; jeť i nečinnost někdy přestupkem (537/9).

Polemika tato je výstižnější než novější obdobná polemika Kelsenova proti Iheringovi (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* str. 572 sq.). Solovjev však činí z ní ukvapeně úsudek povšechný: že poměr práva a mravnosti je složitý, že nelze ho vyčerpát žádným jediným příznakem — a protože prý pokusy, konstruovat poměr ten dle rozdílů obojího živlu, jsou nezdárny (zatím z nich Solovjev probral jen dva pokusy, jiných pomíjeje), zbývá jen opačná cesta: zvolit za východisko úvahy na rozdíly, nýbrž shody, společné znaky práva a mravnosti (539); všecka určení práva, která je odlučují od mravnosti, nechápou prý jádra otázky (493).

Shodě obou živlů nasvědčuje dle Solovjeva předně srovnávací jazykozpyt (404, 540): prý ve všech řečech pro

pojmy práva a mravnosti jsou stejná slova (dolg, debitum, Schuld, devoir, duty; *δικη, δικαιοσύνη*: ius a iustitia; Recht a Gerechtigkeit; right a righteousness; rusky: pravo a pravda, zakon, objazannost; hebrejsky cedek a cedaká). Tu dle mínění S. nejde o nahodilou shodu slov, nýbrž o podstatnou stejnorodost pojmů; jsem-li povinen milovat nepřátele, mají tito právo na moji lásku.

Druhým důkazem a vlastním podkladem vnitřního vztahu práva a mravnosti je „nerozdílnost obou altruistických zásad“: „Soucit předpokládá spravedlnost, tato vyžaduje soucit, obé tedy jsou jen rozdílné stránky či formy výrazu pro totéž, čili jsou to dva stupně altruismu: mezi nimi je skutečný rozdíl, ale ne protiva ani rozpor“ (102).

Právo je tedy cosi jako nižší stupeň mravnosti. „Spravedlnost ve smyslu poslušnosti vůči zákonům není ještě ctností“, neboť platí i zásady: *summum ius summa iniuria*; *fiat iustitia, pereat mundus*. Právní zákony jsou kalný pramen mravnosti, v němž její čistý proud je zastřen historickými vlivy dočasných sil a zájmů (126). Názor Solovjevův se zde již znatelně rýsuje: je to princip absolutní mravnosti ve smyslu Kantově, jenž empirickou skutečnost práva pozitivního cení za něco nižšího a při tom si nevšimá náležitě okolnosti, že nejen právo, nýbrž i mravnost se historicky vyvíjí a též je v každém věku zasažena předsudky a nedostatky.

I tuto tvrzenou povýšenost mravnosti Solovjev dokládá jazykově: Výraz „mravní právo“, dle něho ukazuje, že neuznáváme zásadního rozporu mezi právem a mravností, ale že přec uznáváme i existenci práva v užším smyslu, mimo mravnost (540).

Vycházeje z tohoto stanoviska, Solovjev formuluje tyto tři rozdíly mravnosti a práva:

1. Ryze mravnostní požadavek je neomezený, kdežto právní příkaz jest omezený. Právo žádá elementární dobro, mravnost, zákon předpokládá je a staví cíl vyšší. Právo je minimum mravnosti, stejné pro všechny (541). „Ve vlastní podstatě absolutního principu mravního, jako příkazu dokonalosti ještě nedosažené, obsaženo jest již uznání relativního živlu v mravnosti, totiž nutných reálných podmínek k dosažení té dokonalosti. — Převaha této relativní stránky tvoří právní obor vztahů, převaha živlu absolutního tvoří vlastní obor

mravní (resumé v obsahu VII. kapitoly spisu „Oprávdání dobra“).

2. Mravní příkaz nepředepisuje určité jednotlivé činy ani se jimi nevyčerpává (ač arci se jimi projevuje); právo však žádá určité činy neb opomenutí (ač arci předpokládá dotyčné vnitřní stavy). Spojíme-li tento znak s prvním, pak „cílem práva je, zabezpečit uskutečnění určitého minimálního dobra, čili — což je totéž — skutečně odstranit dotyčný díl zla, kdežto zájem specificky mravní směřuje předně ne ke vnější realizaci dobra, nýbrž k jeho vnitřní existenci v srdci lidském“. Právo není proto něčím nízkým; i neveliké dobro skutečné je lepší než neuskutečněná dokonalost (542). Solovjev má i přes vznešený svůj idealism dosti smyslu pro skutečné potřeby praktického života: praví, že jako právo odtržené od mravnosti nelišilo by se od libovůle, tak mravnost zapírající právo zůstala by pouhou nevinou frází (404).

3. Třetím rozdílem práva a mravnosti je vynucení. Názor, že právo na rozdíl od mravnosti vyznačuje se vynutitelností, ovšem v době nejnovější setkává se s odporem stále neodolatelnějším. Ač jej shledáváme i v nejmodernějších dílech, na př. s jistým omezením i v Tilschově Občanském právu rakouském, přece nelze uniknout námitkám Bierlingovým, že domnělé vynucení práva (exekuce, trest) je vlastně jen surogátem anebo reakcí právní, nikoli vynucením samým, nehledě k řadě námitek ještě více na snadě jsoucích.

Solovjev, ač vynutitelnost z pojmu práva nevypouští, dává tomuto znaku v duchu Kantově¹⁾ duchaplnou formulaci zdánlivě nepatrně pozměněnou, ve skutečnosti velmi rozdílnou od běžného myšlení. Kdežto obvykle poměr práva a mravnosti bývá formulován slovy, že právo se dá, t. j. fakticky můžeme vynutit, mravnost nikoli — Solovjev místo ryzího fakta klade postulát, vypozený z podstaty mravního ideálu, tento postulát však podivuhodně jasně osvětluje jednu část problému: dle Solovjeva rozdíl práva od mravnosti netkví v tom, že právo vyžaduje vynucení, nýbrž, že je připouští: dle něho mravní dokonalost nepřipouští žádného nucení ani psychologického; vnější uskutečnění zákonného řádu dopouští přímé neb nepřímé vynucení, a pokud jde o cíl objektivního blaha, na

¹⁾ Viz zejména Kantovu *Metaphysik der Sitten* (Kant's Werke, vyd. E. Cassirer VII. díl 1916, str. 192).

př. veřejné bezpečnosti, právo i nutně potřebuje vynutitelnosti (542).

Takto Solovjev dospívá k třetí své definici práva spojením právě uvedených tří znaků: „Právo je vynutitelný požadavek, uskutečnit určité minimální dobro či taký řád, jenž nedovoluje krajních projevů zla“ (543).

Určením práva jakožto požadavku po minimálním dobru Solovjev nemíní právo snižovat. Dovojuje, že takové minimum je nutno proto, že pro život^a společenský nestačí vysoký mravní ideál jednotlivců, jenž vůči jiným osobám nepůsobí: ani nevzkřísí zabitého, ani vraha nenapraví. Je třeba altruistických činů, nejen ideálu, a je třeba chránit život mravně dokonalejších proti zločincům. „Život společenský závisí ne na dokonalosti některých, nýbrž na bezpečnosti všech. A nečestno bylo by vzkládati na Boha to, co dovede dobrá policie.“ Proto právní řád je „nutná podmínka mravního zdokonalování, byť i nebyl jeho přímým výrazem“ (546). „Právo nechce svět změnit v království Boží, ale zabránit, aby se nestal peklem“ (413).

Avšak ani dosavadním rozbořem, nepovažuje Solovjev otázku za vyčerpanou. Ještě jednou se vrací k základnímu principu svobody a zkoumá jeho poměr k principu vynucení. Jak již dříve (532) dovozoval, spojuje se v právu svoboda, jako individuální princip, se sociálním principem rovnosti. Nyní pokračuje, zabývá se otázkou, zdali vynucení je slučitelné se svobodou mravní: „Právo musí být vynutitelné, aby zájem obecný nezávisel na spravedlivosti osobní“ (546). „Kdyby věřitel nemohl splnění dluhu vynutit, nemohl by ani dluh odpustit. Vynutitelnost práva, zejména trestního, plyne už z altruismu (ochrany bližních); ostatně právo ponechává i při tom lidské vůli široký prostor i k špatnostem, pokud nepřekračují míru — neruší tedy svobodu. V právu jde ne o zlou vůli ani o fakt sám, nýbrž o spojení obou — o stupeň realizace zlovůle. Objektem práva není zlá vůle, ale zločinná vůle. Prvá směřuje proti subjektivnímu blahu jednotlivých osob a působí svobodně; druhá ruší objektivní formy společnosti i nutno působit proti ní v zájmu společnosti“ (412, 550).

Takto Solovjev, udržuje v pojmu práva donucení zevní, ale

výslovně jen jako jeden z několika podstatných znaků práva (417, 543) dospívá k poznání, že „v pojmu práva je bezpodmínečně obsažen objektivní moment“ čili požadavek uskutečňovat právo. Stupeň uskutečnění závisí na historických podmínkách; takto právo přirozené se stává právem pozitivním — viz shora (532) přirovnání přirozeného práva k algebraické formuli a definice práva po té stránce (čtvrtá Solovjevova) zní: „Právo jest historicky měnivé určení vynutitelné rovnováhy mezi dvěma mravními zájmy: formálně mravním zájmem osobní svobody a materiálně mravním zájmem obecného blaha.“ Osobnost má přímo zájem na své svobodě, společnost má přímo zájem na své bezpečnosti, stát má přímo zájem na své rovnováze. „Rovnováha jest abstraktní specifický charakter práva“. (411/2, 546/7).

Tím určuje se i poměr práva ke státu jako poměr dvou oborů souvztažných. Solovjevovi „stát je vtělením práva, objektivním zřízením právním“, neboť prý jen ve státě lze je dokonale rozvinout (404, 421, 495/6). Jak patrné, zde úsudek jde dále než důvod. Úsudkem tím, poněkud upřilíšeným, Solovjev podpirá další své mínění, že stát jakožto vtělení práva jest „obsažen v mravní organisaci lidstva“ (495/6) neboli, jak praví jinde (404), stát a právo jsou podmínkou této mravní organisace.

Tím právo se zřejmě podřizuje mravnosti, a konečný soud Solovjevův zní: „Požadavky práva a mravnosti se úplně shodují“, a kdykoli tomu tak není, je právo vadné a potřebuje změny (417).

Zde je zásadní trhлина v Solovjevově právní theorii; zde již nemluví vědec (ani vědec etik), nýbrž praktický moralista, jenž mravní ideál přednáší jako právní živel, účinný *de lege ferenda*. Solovjev sem dochází arci ne pozitivně chybným názorem, nýbrž pouze tím, že nevšímá si — nebo neuznává — oněch jevů právních, které jsou mravně indifferentní, ač jeho zmínky o veřejné bezpečnosti a pod. mohly jej na ně upozornit. Nevšímá si též okolnosti, že i zákon nemravný přece jen právně platí, ač věda musí i takovéto případy vyložit, byť jich nechválila. Tato jednostranná pozornost arci z části souvisí s tím, že Solovjev, jak hned předem upozornil, soustřeďuje hlavní svou pozornost na právo trestní, kde poměr práva a mravnosti jest nejpalčivější (522) a

proto si práva civilního, policejního atd. málo všímá. Trestnímu právu věnuje dokonce několik úvah speciálních.

III. Právo trestní.

V nauce o právu trestním Solovjev se vrací k povšechným úvahám o vzniku práva a státu. Vychází od názoru N. S. Taganceva, dle něhož zločin jest porušením právní normy, za níž jde reakce. (Normy civilní jsou dle Solovjeva „v podstatě bytí i ne v čase“ [narážka na Durkheimovu nauku o prioritě trestního práva?] přednější než normy trestní). Aby reakce ta byla právem, musí (na rozdíl od lynčování a pod.) určovati zločiny a tresty (552).

Vývoj trestního práva líčí Solovjev takto: v zemích jako na Černé Hoře, Korsice atd., „pojmy zločinu a trestu dosud se nevydělily z obecné představy urážky a nepřátelství a trest se stotežňuje mstou krevní čili rodovou. Ta stíhá zločiny mezi rody. Uvnitř rodu autorita hlavy stačí, aby individuální odboj potlačila; ostatně odboj takový vzniká vlastně teprve později, když individuality sesílí. Představitelé osobního heroismu učí lidi, aby stáli sami za sebe i bez ochrany rodu; kolem nich se kupí dav. To je přechod od zřízení rodového ke státnímu (554).

Stát nejprostěji vzniká činem osoby, přerostší rámec rodu a cítící úkol, dát bližním širší spolužití; osoba ta se odděluje od rodu, kupí kol sebe družinu, kolem níž zprvu dobrovolně, pak nuceně se shromáždí rody; ty později pozбудou samostatnosti. Tak tomu bylo na př. za Mohameda (555).

Vzrostem společnosti se přestávají lidé osobně znáti, není už jeden za všechny a naopak; vzniká rozlišení mezi zájmy osob a celku. Krevní msta bere se jednotlivcům a přechází na stát. Počíná rozlišení práva soukromého a veřejného (338), jež tedy se datuje právě od vzniku státu a provádí se z počátku takto: „Vzniká rozlišení práva veřejného a soukromého. Krádež i urážka se považují za soukromé, stát je nestíhá tak zle jako rod; trestá je jen peněžitě (středověký odklad), za to přečiny politické (padělání peněz a j.) trestá krvavě. Teprve časem i ochrana osoby roste, staví se na roveň ochraně zájmů politických (557). Další změnou bylo, že přímý trest, vyvolávající řadu odvet rodových,

se změnil v řadu procesních aktů, jichž závěr již mstu nevyvolává (558).

Nyní Solovjev přechází k znamenité úvaze o teoriích absolutní viny, odplaty a odstrašení:

Prvotní zločinec, praví, byl považován za nepřítele a trestán byl jen objektivní fakt; subjektivní stránky všímali si tak málo, že ještě ve středověku odsuzovali zvířata. Po tomto divokém období nastupuje barbarské. Zločin se rozkládá v složky a trestá se subjektivní zlá vůle, domněle svobodná a formálně absolutně odpovědná.

Tot ještě hledisko Kanta a Hegela.

Theorie absolutní viny a rovné odplaty vyrostla z dětinského názoru, jenž za úraz viní zvíře nebo neživou věc, o kterou se poranil. Ale věc ta právě jako zločincova vůle jest jen částí činná příčina události samé. Absolutně svobodná vůle jako domnělý pramen činu odporuje zásadě dostatečného důvodu a je možná jen v mystických hlubinách ducha, ne v té povrchovosti, s níž pracuje trestní právo. Je-li vůle takovým bezednem, z něhož se rodí činy, pak nemá smyslu trestat za čin; vůle i potom zůstane svobodná.

Pojem absolutní viny je spojen se svědomím. To ovšem kárá nás za každou nehodnost; ale trestní právo vybírá z jeho výtek jen některé a tím už se stává relativním. Spojení absolutní vůle s relativním činem je záhadné, soud o něm přísluší jen Bohu.

Absolutní nauka učí, že zločin ruší právo, tedy trest právo obnovuje. Či právo? Zabítého ne, — toho nevzkřísí. A jde-li o právo společnosti, musely by všechny tresty být stejny, neboť každý zločin ruší právo společnosti. Nutno uvést specifický znak činu a trestu. Zápor záporu tu nevyhoví: trest není záporem, neboť záporem zlé vůle je náprava, pokání; a z dvou záporů vzniká klad násobením, kdežto trest jen následuje za činem, nenásobí ho.

Vnitřní nesmyslnost nauky o odvetě plyne z toho, že kromě popravý žádný trest nynějšího práva se činu nerovná. Kterak najít trest „rovné za rovné“ při penězokazu atd.? Analogické tresty (na př. vyřiznutí jazyka za drzou řeč) ukládají se jen v polodivokých poměrech. Dnešní vzdělanosti odporují. Dnes právo uznává rovnost jen v stupnici: za větší zločin větší trest. Ale tím se podstata trestu neřeší. Theorie absolutní odplaty je

zbytek divokosti. Zprvu zločin byl trestán mstou rodovou, pak státní. Ale proto státní odvěta není ještě k o n c e m vývoje. Theorie absolutní odplaty hledá oporu v theorii zastrašení (zvl. Anselm Feuerbach) ale zločiny z vášně nebo ze řemesla ukazují, že odstrašení nepůsobí. Sebevraždy svědčí, že lidé se ani smrti vždy nebojí. Ostatně odstrašení samo nevyžaduje zrovna těch trestů, které trvají posud. Odstrašovací theorie dělá zločince prostředkem pro lidi jiné (výstrahou), což se protíví absolutnímu principu mravnímu. Absolutní theorie ta vede i k nejkřutějším trestům a od zrušení mučidel sama nemá hlavního někdejšího důvodu, neboť tresty mírné neodstrašují (559—571).

Takto Solovjev, vyvraceje chybné důsledky Kantovy kriminalistiky správným principem Kantovy ethiky, dospívá k úvaze o t r e s t u s m r t i.

Nejprve ukazuje historicky a statisticky, že trest smrti v 19. století ve všech evropských státech mizí, že i v theorii pozbývá opory a souhlasně s Tagancevem předpovídá jeho brzký zánik.

Neoprávněnost trestu smrti Solovjev dovozuje takto: Právo bylo původně spojeno s náboženstvím. Zákon XII. desk vždy končí „sacer esto“. Trest smrti byl o b ě t í zločince bohům, neboť zločin byl rušením božího předpisu. Oběti byly: 1. Přírodní (prvorozenci lidí, dobytka i plodů), 2. sociální (cizinci, zajatci a zločinci). Bible zná: 1. zločin proti Bohu (Adam), 2. zločin proti člověku (Kain) a zná trojí období: 1. trest vyhrazen je Bohu (Kaina Bůh chrání proti zabití), 2. trest smrti zaveden (Mojžiš) a 3. opět zrušen (proroci a evangelium: Má jest pomsta atd.). Nelze ho hájit ani poukazem na smrt Ježíšovu (jako de Maistre) — ta stala se jen jednou pro vždy (578).

Trest smrti je dle Solovjeva i neúčinný, což experimentálně dokázal fakt, že odstraňování trestu smrti nikde nevedlo ke vzrůstu zločinů. Novější doba se za ten trest stydí tak, že ho už ani nevykonává veřejně. Trest smrti je 1. n e ě s t n ý — osobuje si boží vševědoucnost o domnělé absolutní ničemnosti odsouzenecově; 2. j e n e l i d s k ý, neboť se životem lidským je svázán nekonečný úkol, a toho trest smrti zločince zbavuje. Trest smrti nemá ani omluvy vášně a pod. jako vražda obyčejná — je vraždou absolutní; 3. j e h a n e b n ý, jak patrně z nečestnosti kata a jeho povolání. Ve válce a souboji je odvaha a risiko, ale v popravě jen zabíjení bezbranné osoby řemeslníkem. Trest smrti

pozbývá i povahy práva. Právo jest rovnováha (v. 547) mezi zájmem individuálním a sociálním. Popravou však individuální živel se zničí i není již rovnováhy (580/7, 416/7).

V tom Solovjev opětně shledává důkaz, že mravní ideál se srovnává s podstatou práva, i osměluje se prohlásiti zásadu: „Jestli některý pozitivní zákon odporuje mravnímu vědomí dobra . . . nevyhovuje ani podstatným požadavkům práva a právní zájem tkví ne v zachování, nýbrž v zákonitém zrušení takových zákonů.“ (588, viz shora 417). Solovjev zkrátka právo pozitivní (de lege lata) neuznává za právo, nevyhovuje-li toto právo aspoň minimálnímu ideálu mravnímu.

Tento názor jeho pronikavě se zrcadlí v úvaze následující, kde vykládá soudnictví jako — mravní povinnost (348 sq., 589 sq.).

V další kapitole Solovjev probírá anthropologickou školu kriminalistů. Přiznává jí relativní zásluhy: „Dosavadní nauky trestního práva, „absolutní“ i utilitaristní, zapomínaly na člověka v zločinci a viděly v něm jen nahodilého představitele abstraktní ideje zločinu. Škola t. zv. anthropologická správně vychází z konkrétní skutečnosti, že zločinec jest nenormální bytostí (toť zásluha), ale chybuje dbajíc v duchu materialistických biologů a chemiků jen o přírodní vlastnosti zločince, ne o vlastnosti mravní. Ale není-li škola ta objevitelkou Ameriky, jest aspoň na mylné cestě do Indie, která může objeviti nový svět. Východisko anthropologické školy, Gallova frenologie, chybně stotožňuje duševní stavy se stavy mozku a — lebky! Myslí (Lombroso), že zločinci jsou jediná zvláštní rasa; Ferri místo té absurdnosti uznal 5 kategorií zločinců: přirozených, šílených, zvykových, nahodilých a vášnivých a Lombroso sám v 3. vydání svého díla „L'uomo delinquente“ omezil svou nauku jen na první kategorii. Vše to vychází v jedinou thesi, v podstatě správnou (dle Solovjeva), „že vrozená zločinnost obyčejně je spojena s organickými anomáliemi a pathologickými stavy“ (606).

Na mezinárodním kongrese v Bruselu r. 1892 ruský kriminalista D. A. Dril formuloval hlavní principy anthropologické školy trestní. Jeden z nich považuje zločin za výsledek vzájemného působení zvláštní psychofysické organisace zločince a zevních vlivů. Solovjev praví, že by s touto formulí souhlasil, kdyby anthropologové z ní mlčky nevypouštěli mravní schopnost (svědomí, pokání), jež tvoří osobitost člověka jako činitele (611).

Konečný soud Solovjevův o anthropologických naukách trestních jest: „These ty vedou ke krutosti jako these odstrašení — chorobnou neřest nutno vyhubit, aby se dědičností nemnožila jsou ovšem zločinci nenapravitelní, ale není zevních známek té nenapravitelnosti, jak myslí anthropologická škola“ (610/15).

„Normální trestní právo“ dle Solovjeva se zakládá na těchto principech: Zločin je rozhodnutí pachatele, přestupující mravní normu. Jen v tom se liší od nervové psychosy.

Solovjev uznává krátkou vyšetřovací vazbu a dočasně uvěznění jako prostředky obranné a nápravné, ale zamítá apriorní sazby trestního zákona; jest pro individualisovaný, t. j. v každém případě specificky určený druh trestu (tím se prý i odstraní nebezpečí křivých rozsudků). Je též pro podmíněné odsouzení a pro zkracování trestu, když vinník se napravuje.

Je pro částečné zabavení jmění a nucenou práci pachatele, pro opatření náhrady postiženým i pro nápravu pachatele: „Společenská péče o zločince pro jeho možnou nápravu, svěřená lidem k tomu zvláště schopným, tot konečné určení trestu“ (616/28).

K filosofickému docelení úvah svých Solovjev připojuje méně důležitou stat „Empirická nutnost a transcendentální svoboda“, v níž téměř úplně přistupuje na stanovisko Kantovo²⁾ a Schopenhauerovo. Zajímavější vývody této statí jsou: „Svoboda volby“ není svoboda, neboť každý jev má takovou svobodu, t. j. potenciální neurčenost do té chvíle, dokud se nerozhodne.

Poukaz na mravní motivy, jimž člověk podřizuje přirozené, dokazoval by svobodu jen tehdy, kdyby takového podřizování byli schopni všichni lidé, ne jen někteří.

Činy neúmyslné (na př. chůze po pokoji libovolně v pravo i v levo) nedokazují svobodu: není svobody tam, kde není vůle. Svobodu nelze vůbec najíti v empirických jevech, nýbrž jen v transcendentním světě věcí o sobě.

Nemravný čin se dá vyložit přirozenými příčinami, ale ne ospravedlnit.

²⁾ Své stanovisko ke Kantově ethice nejstručněji vytkl Solovjev v polemice s Čičerinem slovy: „Vše, co lze racionálním postupem vyvodit z faktů svědomí pro mravní filosofii, vyvodil zakladatel nauky té Kant“, ale jeho základ byl „úzký“: „všecka mravnost svedena tam na formální podstatu svědomí, t. j. na ideu absolutní povinnosti“ (703).

Lítost a pokání za minulé provinění nebyly by empiricky nic platny, neboť čin, obsažený v uplynulém čase, je hotov a nelze ho změnit. Ale se stanoviska transcendentního pokání má smysl, neboť inteligibilní (umopostigajimyj) charakter člověka je mimo čas; lhotejno mu, kdy se čin stal (625—655).

Že v těchto vývodech Solovjev se upřilishňuje a bere na pomoc transcendentální stanovisko i pro případy, které zcela snadno lze vysvětlit a konstatovat i empirikovi, netřeba rozvádět. Lítost a pokání nenapraví arci činu, který se již stal; ale napravují (neb aspoň jsou známkou nápravy) pachatele — ne fakt objektivní, nýbrž subjekt jednající, a to právě jde po stránce mravní. Zřejmo, že Kantovská ideologie zavedla do zbytečných formulí časem i myslitele tak střízlivé, jako je Solovjev. Ostatně s pojetím práva tato část myšlenkové stavby Solovjevy přímo není spojena.

IV. Doplnky a závěr.

K doplnění právní filosofie Solovjevovy sluší si povšimnouti některých zvláště důležitých myšlének, jež Solovjev prohodil jen porůznu a příležitostně.

V odpovědi na kritiku, kterou v „Oprávdanije dobra“ napsal G. F. Šeršeněvič ve „Voprosach filosofiji i psichologii“ 1897, Solovjev formuluje své stanovisko takto: Moje ethika hledí na zlou vůli samu o sobě, kdežto trestní právo hledí jen na její objektivní projev³⁾ (665). Skutečně již na počátku spisu „Oprávdanije dobra“ se vyslovil v tomto smyslu: „Zevní stránka mravních příkázání, která spojuje čin s objektem, je vlastně jen právním oborem a ne mravností v užším smyslu. Se stanoviska trestního práva jde v zásadě o vraždu, t. j. o čin. Vnitřní psychologické momenty jsou tu jen pomocné. Pro právo je smrt člověka ztrátou. Dle ryzí mravnosti ztráta života může být i prospěchem pro zabitého (36). Na jiném místě téhož spisu, obrací se

³⁾ Příklad, jehož zde Solovjev užívá k znázornění své these, totiž brání úroku z půjčky, volil arci nevhodně. Proti Šeršeněvičovi, jenž lichvu odsuzuje pouze, je-li jejím přímým a vědomým účelem zničení bližních, praví: „S hlediska mravního každé půjčování peněz s bráním platu za sám fakt půjčky je hřích lichvy (peccatum usuria) a právní pojem „zákonného procenta“ nepatří v okruh ideí mravních!“ (666). Zde na stanovisku mravním stojí správněji Šeršeněvič než Solovjev, jenž neprávem vtiskuje mravní pečeť samému faktu brání úroku, nikoli pohnutce vnitřní.

proti názoru o vynucení jako základním znaku práva, pronáší zásadně důležité věty: „Právní nátlak je fakultativní: kdo se přestupku zdrží, je prost omezení trestního práva.“ „Základní vlastnost dobra právních zřízení není vynucení (toť jen možný následek), nýbrž přímo objektivnost úkolu. Zde je důležité především, aby určité věci skutečně byly a určitých aby nebylo.“ „Zevní povaze všeobecně důležitých věcí — ochrany života, statku, vzdělanosti atd. — „vyhovují zevní prostředky pro jich dosažení.“ Pro denní chod soudů, nemocnic a škol je stejno, zda-li vznikly z příspěvků dobrovolných či nucených. O statech duchovních toho říci nelze, těch nelze vynutit. Vnitřní statek je svoboden (419).

V těchto výkladech opravdu Solovjev uhodil na vlastní objektivní podstatu práva a na jeho rozdíl od mravnosti. Avšak ačkoliv i jinde⁵⁾ opětovně zdůrazňoval podstatný význam subjektivního živlu pro mravnost, nepostavil právě tento rozdíl do popředí.

V tom shledati lze hlavní známku Solovjevovy právní teorie. Nebyl právník a neměl dostatečné znalosti jednotlivých oborů práva, i byl nucen obírat se jen všeobecnostmi; ale geniální svou intuici připadl zde na samo jádro problému. Jako správně postřehl, že k rozlišení práva a mravnosti je třeba najít právní jevy mravně indiferentní, tak poznal i vyslovil podstatný rozdíl právní objektivace od mravní vniternosti; ale nedošel dále nežli k těmto geniálním postřehům, a jakkoliv i po jiných stránkách tu a tam bystře odhadoval některé problémy právní⁶⁾, přece

⁴⁾ Právě tato důležitá věta chybí v německém (jinak dobrém) překladě spisu (Rechtfertigung des Guten.)

⁵⁾ V odpovědi B. N. Čičerinovi na kritiku téhož spisu obsaženou v týchž „Voprosach“ napsal:

„Každý psychologický neb fysiologický fakt má mravní význam jen, pokud uskutečňuje neb ruší absolutní normy dobra, v nichž tkví jediný zájem ethiky. Na světě jest jediný podstatně ethický fakt, že z lidských stavů a činů některé se schvalují jako důstojné a druhé odmítají jako nedůstojné po svém vnitřním vztahu k dobru a zlu, nezávisle na všech jiných vztazích“ (699).

⁶⁾ Na str. 491 dotýká se hesla „moc předchází právo“ a případně podotýká, že to platí jen o historické posloupnosti, čímž vystihl fakt, že právo upravuje poměry již vzniklé a řídí se skutečností. Dodává: „Právo jest omezená síla, ale jde o to, co ji může omezit. Podobně mravnost je překonávání zla, ale z toho nevyplyvá, že by zlo bylo principem mravnosti.“

nevypracoval soustavné právní filosofie, která by stála na tomto stupni pravdivosti. Ve svém soustavném pokuse o definici práva sešel se správné cesty k otázkám vedlejšími, proto jeho definice práva, ačkoli formálně jsou pravými perlami logické architektiky, věcně nevyhovují. Lze litovat, že ze znamenitých formulí porůzných nevybudoval jednotné právní nauky, která by se rovnala jeho epochální ethice; avšak jednotlivé správné kroky a hluboké poznatky právní filosofie, které štědrě rozesel po svých úvahách ethických, jsou a zůstanou trvale cenným obohacením slovanského myšlení právního. Zejména vzácná jest partie o trestním právu, spojující charakteristický humanitní moralism ruský s praktickými potřebami pokroku zevní civilizace. Vrchol její a Solovjevův nejosobnější problém, kritika trestu smrti — pro Solovjeva stejně význačný, jako pro Masaryka problém sebevraždy — je měřítkem mocného pokroku, jež právní filosofie největšího slovanského Kantovce učinila nad Kanta samého. Vzpomeňme jen dvou hrozných důsledků tvrdé doktriny Kantova právně ethického absolutismu — názoru, dle něhož trest smrti je tak nutný, že i kdyby občanská společnost se rozešla (n. př. vystěhovalec-tvím), musil by napřed být popraven poslední vrah, dotud uvězněný⁷⁾, a protichůdného názoru téhož filosofa, že poprava panovníka, byť i špatného, je „crimen inextinguibile, immortale,“ zločin podobný tomu, jehož nelze odpustit na tomto ani na onom světě⁸⁾ — a vidíme lapidární doklad, jak v rukou Solovjevových povznesla se právní ethika i demokratická důslednost nad ovzduší germánské.

Kromě těchto vynikajících vlastností obsahových výklady Solovjevovy mají i negativní přednost, že (až na výjimku kantovské dialektiky) jsou prosty vyumělkovaného formulářství německého; a pozitivní jejich přednost, slovanská přímota a prostota, umějící sáhnout s bezpečným instinktem na kořeny problémů, jest u Solovjeva vyvinuta měrou přímo stkvělou. Proto k jejich studiu právník, etik, filosof i sociolog obrátí se vždy znovu a vždy s nevšedním prospěchem. A křišťálově jasná moudrost autorova, v jehož osobnosti zračí se nejkrásnější stránky širokého ruského charakteru, ozařuje svými paprsky i tuto část jeho mnohotvárného díla, které jako celek ocení teprve budoucnost.

⁷⁾ Metaphysik der Sitten (Kant's Werke vyd. Cassirer VII. 191).

⁸⁾ Tamže str. 128.

Josef Vančura:

Právní jednání a akt vrchnostenský.

I. Pojem právního jednání a aktu vrchnostenského.

Právní norma jako projev vůle zákonodárné jest normou hypotetickou, jejíž uskutečnění v jednotlivém případě vázáno jest na určité podmínky. Podmínky tyto se stanoviska subjektu jsou dvojí: buď jsou to skutečnosti na jeho vůli nezávislé, buď jsou to projevy jeho vůle. Z těchto nejvýznamnější jsou ony, kdež vůle směřuje přímo k uskutečnění normy právní, t. j. ke vzniku těch právních účinků, jež normou abstraktně jsou stanoveny; relace tato může býti zase dvojí: vůle ve svém projevu je právně svobodna nebo vynucena.

Zní tudíž n o r m y p r á v n í v těchto dvou případech takto: „Vůle může — musí projevití vznik právních účinků; projeví-li vůle vznik právních účinků, buďtež tu tyto účinky.“ Vůle buď právně svobodná, buď právně vynucená projevuje vznik právních účinků a projevem vůle uskutečňuje se norma právní, takže vznikají tyto chtěné právní účinky — onen akt jest právním jednáním, tento aktem vrchnostenským.

Plynou odtud definice obou aktů: „právní jednání jest projev vůle, v právně svobodném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků“; „akt vrchnostenský jest projev vůle, v právně vynuceném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků“.

II. Právní rozbor aktů.

Smlouva „A má dáti B 100 K“ jest právním jednáním, rozsudek „A má dáti B 100 K“ jest aktem vrchnostenským; v čem spočívá různá právní povaha obou aktů?

I. „Vůle může — musí projevití vznik právních účinků“ — právní jednání a akt vrchnostenský vyznačují se předně různou relací vůle k právním účinkům: vůle buď právně svobodná, buď právně vynucená směřuje ke vzniku jejich.

Vůle právně svobodná projevuje vznik právních účinků: norma právní stanoví zde tudíž pouze meze volného rozhodování vůle, t. j. právně svobodného chtění jejího; i tam, kde subjekt jest vázán (n. př. smlouvou) k určitému projevu vůle, jest

akt přes to právně nevynutitelným projevem svobodného jeho chtění. Subjekt vůle jest proto stranou aktu: právně svoboden stanoví vznik práva; akt sám je pak projevem svobodného chtění jedné nebo více stran („vůle A + B mohou projevití vznik právních účinků“) — tedy aktem jednostranným nebo vícestranným.

Vůle právně vynucená projevuje vznik právních účinků: norma právní (aby zaručena byla rovnoprávnost a bezpečnost právní) vynucuje zde tudíž určité chtění vůle, t. j. určité její rozhodnutí; poněvadž však norma nemůže (a ani nechce) plně určití činitele vůli vynucující, ponechává jí určitou sféru volnosti — sféru volného uvážení (*freies Ermessen*, *pouvoir discrétionnaire*); podle toho, zdali tito činitelé jsou normou více nebo méně určeni, je toto uvažování více méně volným nebo vázaným (udělení státního občanství, osvědčení právního poměru), ale juristickou povahou se neliší: podstatou svou je právně nevázaným myšlením vůle a rozhodnou je tedy volnost tohoto od normy, nikoliv však rozsah této volnosti (podobně Bernatzik, W. Jellinek, v. Verdross; jinak v. Laun). Subjekt vůle jest proto vrchnostenským nalézatelem aktu: právně vynucen vrchnostensky nalézá vznik práva; poněvadž tím je však jen stát, je akt sám projevem vůle státní (aktem státní exekutivy) a projev vůle osoby třetí může býti jen podmínkou aktu („vůle A musí projevití vznik právních účinků, chce-li vůle B“).

II. „Projeví-li vůle vznik právních účinků, buďtež tu tyto účinky“ — právní jednání a akt vrchnostenský vyznačují se dále touž *relací vůle k normě právní*: s projevem vůle spojuje norma právní vznik právních účinků.

Z této relace vůle k normě právní plyne dvojí:

a) každá vůle právní jest (formálně) právně rovnocenná: projev její jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní;

b) každý akt právní jest (formálně) právně stejně účinným: uskutečňuje se jím vždy norma právní. Proto panující pojetí aktů jednostranných a dvojstranných (A), podle právní rovnocennosti vůle státní a soukromé, i panující pojetí aktů konstitutivních a deklaratorních (B), podle právních účinků, musí býti ve své právní konstrukci nutně pochybeno.

A. 1. Teorie dělí akty, které vznikají projevem vůle státní a

soukromé na jednostranné a dvojstranné podle vzájemné právní relace obou vůlí: buď obě jsou si právně rovnocenný — akt jest dvojstranným (smlouvou), buď nerovnocenný — akt jest jednostranným. Jde tu tedy o problém (formální) rovnocennosti vůle státní a soukromé vztahem k normě právní a ten řeší se různě, podle toho, zdali zastává či popírá se dualismus právní.

a) Ti, kdož zastávají dualismus právní, dělí právě dle tohoto momentu právo na soukromé a veřejné: kdežto tam vystupuje stát jen jako strana osobě soukromé právně rovnocenná, zde vystupuje jako vrchnost osobě poddané právně nadřízená. „Das Verhältnis zwischen Staat und Untertan“, praví o tom O. Meyer v „Deutsches Verwaltungsrecht“ 1895 I. 67, „ist das einer rechtlichen Ungleichheit: der Staat hat auf seiner Seite die öffentliche Gewalt. Gewalt bedeutet die Fähigkeit eines rechtlich überwiegenden Willens“.

Předpokládá-li proto akt projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, je v právu soukromém akt takový projevem dvou vůlí právně rovnocenných — tedy aktem dvojstranným (smlouvou soukromoprávní); v právu veřejném však projev vůle soukromé jest jen podmínkou uvolňující vrchnostenskou moc státu, z jehož vůle pak akt jednostranně vzniká — akt jest tedy aktem jednostranným. Sporno jest pouze, zdali i zde možny jsou případy, kdy obě vůle jsou právně rovnocenný a akt proto dvojstranným (smlouvou veřejnoprávní). Jedni — O. Myer, u nás Pražák (Rakouské správní právo 1905, I. 112 a n.) — vylučují vůbec tento případ jako důsledek „aus dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsätze der allgemeinen einseitig bindenden Kraft des Staatswillens“ (O. Meyer, Archiv. f. öff. R. III. 42), druzí — zvláště Laband, Jellinek, u nás Hoetzel (Nauka o správních aktech 1907, s. 72 a n.) — připouštějí jej však tam, kde stát vchází v nový poměr mocenský k osobě soukromé (na př. státní občanství) a zasahuje tím do právem chráněné sféry její, poněvadž osoba soukromá je zde od státu právně neodvislá a tím i rovnocenná — projev její vůle jest tedy projevem vůle smluvní.

b) Ti, kdož, popírají dualismus právní, vylučují vůbec možnost právní nerovnocennosti vůle státní a soukromé. Právní řád propůjčuje státu i osobě soukromé osobnost právní:

oba jsou si tedy jako subjekty právní rovnocenny. Vrchnostenský akt onoho i právní jednání tohoto jest stejně jen projevem vůle právního subjektu, s nímž právní řád spojuje určité právní účinky; vrchnostenský poměr jest pak jen obsahem právního poměru a subjekt takového aktu není tím právně nadřazen ostatním subjektům právním.

Předpokládá-li proto akt projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, jsou — jak dovozuje Kelsen A. f. öff. R. XXXI. s. 239 a n. — oba projevy společně podmínkou uskutečnění normy právní: obě vůle jsou si tedy právně rovnocenny a akt jest vždy dvojstranným (smlouvou).

2. Panující teorie dělí akty jednostranné a dvoustranné dle vzájemné právní relace, vůle státní a soukromé: buď obě jsou vztahem k normě právní rovnocenny — akt jest dvoustranným, buď nerovnocenny — akt jest jednostranným. Avšak vzájemná právní relace obou vůlí není určena jen jednou, nýbrž dvěma relacemi vůle: teprve tato rozhoduje pak o různé právní povaze aktu; neboť vzniká-li akt projevem vůle, tu právně rozhodnou jest 1. jednak relace vůle k normě právní, 2. jednak relace vůle k právním účinkům: vzniká-li tudíž akt projevem dvou vůlí, tu vzájemná právní relace jejich nezávisí jen na prvé, nýbrž na i druhé relaci každé vůle; poněvadž však projev každé vůle jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní, ale subjekt vůlí projevující může býti buď stranou aktu, buď jeho vrchnostenským nalézatelem — nespočívá různá právní relace obou vůlí (a tím i různá právní povaha aktu) v různé relaci obou vůlí k normě právní, nýbrž v různé relaci jich k právním účinkům.

Proto pokud akt předpokládá projev vůle státní a soukromé, které směřují ke vzniku právních účinků, tu dvojí možná právní relace obou vůlí nejeví se tak, že stát jest buď stranou osobě soukromé právně rovnocennou, buď vrchností osobě poddané právně nadřazenou (srov. různě u O. Meyera, Jellinka, Kelsena) a akt dle toho dvoustranným nebo jednostranným, nýbrž tak, že oba jsou sice stejně subjekty právními (takže poměr vrchnostenský mezi nimi jest vyloučen), ale buď oba jsou stranami aktu („vůle státní a soukromá mohou projevení vznik právních účinků“), buď jeden vrchnostenským nalézatelem aktu, druhý žadatelem jeho („vůle státní musí projevení vznik právních účinků, chce-li vůle

soukromá“) a akt dle toho dvoustranným právním jednáním (smlouvou) nebo aktem vrchnostenským, závislým na projevu vůle soukromé.

V aktech, kterými vzniká služební poměr občanský (α), veřejný poměr úřední (β), nucený poměr úřední (γ); užívací právo na věci v občanském vlastnictví státu (α), na veřejném institutu (β); živnost koncesovaná (γ), živnost volná (δ) — jest stát i osoba soukromá stejně subjektem právním, ale buď (α) akt vzniká projevem svobodného chtění obou (dvojstranné právní jednání, smlouva), buď vrchnostenským nalezením státu, které je (β) nebo není (γ) závislo na projevu vůle soukromé (akt vrchnostenský), buď (δ) pouhým projevem svobodného chtění osoby soukromé bez vrchnostenského nalezení státem (jednostranné právní jednání).

B. 1. Teorie dělí akty dle právních účinků na konstitutivní, které právní poměry tvoří a deklaratorní, které právní poměry (vrchnostensky) osvědčují. Jde tu tedy o různou kausální relaci aktu k projevenému právnímu poměru: prvý jest příčinou, druhý jen úsudkem; to jest v podstatě stanovisko, teorii obecně přijímané. Bernatzik „Rechtssprechung und materielle Rechtskraft“ 1886 s. 7 a n. dělí akty na rozhodnutí, Entscheidungen, „Schlüsse mit welchen ausgesprochen wird, dass ein konkreter Tatbestand den Anwendungsfall einer abstrakten Rechtsnorm bildet“ a opatření, Verfügungen, „beabsichtigte Hervorbringungen äusserer Wirkungen, um einen von der Rechtsordnung in abstrakto vorgezeichneten Erfolg zu erzielen“. Ulbrich „Das öst. Staatsrecht“ 1909 s. 251: „Die obrigkeitlichen Verfügungen können deklarativ (rechtsanwendend) oder konstitutiv (rechtschöpferisch) wirken, je nach dem sie in der einfachen Gesetzanwendung auf bereits vorhandene Rechtsverhältnisse bestehen, oder Rechtsverhältnisse erst schaffen“.

2. Panující teorie, domnívající se dělití akty dle různé kausální relace aktu k právnímu poměru, staví proti sobě akty, které nový právní poměr tvoří a akty, které stávající právní poměr osvědčují. Jest však akt deklaratorní již tím, že stávající právní poměr osvědčuje, v jiné kausální relaci k právnímu poměru nežli akt konstitutivní? Nikoliv, neboť tyto dvě relace nestojí proti sobě, nýbrž vedle sebe: akt deklaratorní jest zajisté 1. jednak aktem, který stávající právní poměr osvědčuje — tedy úsudkem, 2. jednak aktem, z něhož osvědčený právní

poměr pro příště čerpá svou právní relevanci — tedy příčinou. „Des - Urteil A sei schuldig B 100 Mk zu bezahlen“, praví sám Bernatzik loc. cit. § 72. „enthält zweierlei: 1. die Entscheidung über das Rechtsverhältnis, welches diesem Befehle zu Grunde liegt, 2. die Verfügung, d. i. den Befehl zur Zahlung“.

Pokud proto akt jest konstitutivním nebo deklaratorním, nejde tu o různý právní účinek aktu, nýbrž o různý — pro právní povahu jeho irrelevantní — obsah aktu: Tradice dle § 426 obč. zák., rozsudek konstitutivní dle § 841 obč. zák., i rozsudek určovací dle § 228 c. s. ř. jest vždy aktem právním, z něhož projevený poměr čerpá svou právní relevanci, ale obsah jejich jest různý: založení neb osvědčení právního poměru; ne tedy podle toho, zda-li je příčinou nebo úsudkem, nýbrž podle toho, jaký je účel jeho, akt nový právní poměr zakládá nebo stávající osvědčuje — projevený právní poměr však v obou případech čerpá z aktu svou právní relaci. (Tak již Kormann „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“ 1910 dělí s tohoto stanoviska akty na práva zakládající, měnící, rušící a osvědčující.) Akty konstitutivní a deklaratorní liší se tudíž svým obsahem — kausální pojetí panující jest proto pochybeno ve své logické konstrukci a tím i vadným závěr Weyra (Öst. Zeitschrift f. öff. Recht III. s. 490 a n.), který zavrhuje vůbec tyto akty z důvodu metody právní, vylučující kausalitu z oblasti práva.

Také akt deklaratorní a ověření jest stejně aktem právním s vlastními, vůlí chtěnými právními účely, avšak osvědčený právní poměr sám buď čerpá, buď nečerpá pro příště z aktu svou právní relevanci: tam proto osvědčený právní poměr ve svém trvání závislý jest na aktu, zde akt na osvědčeném právním poměru. Oba akty liší se tudíž svým obsahem; nikoliv však tím, že jeden osvědčuje poměr právní, druhý jen faktický, jak soudí Bernatzik — poměr jest stejně právně relevantním; ani tím, že jeden jest právním jednáním, druhý právním činem, jak soudí Kormann — vůle směřuje stejně k vzniku právních účinků a oba jsou aktem vrchnostenským.

III. Právní povaha aktů.

Akty, s nimiž norma právní spojuje vznik právních účinků,

různiti jest na tři kategorie podle toho, zdali právní účinky vznikají,

- a) protože vůle právně svobodná vznik jejich chce,
- b) protože vůle právně vynucená vznik jejich chce,
- c) aniž vůle vznik jejich chce.

Prvý akt jest právním jednáním, druhý aktem vrchnostenským, třetí právním činem. Právní jednání a akt vrchnostenský, jako projevy vůle v právně svobodném aneb vynuceném rozhodnutí stanovící vznik právních účinků, vyznačují se tudíž blíže co do své právní povahy:

1. různou relací vůle k právním účinkům — vůle právně svobodná nebo právně vynucená směřuje k vzniku jejich. Tam vůle právně svobodná projevuje vznik práva: subjekt vůle jest proto stranou aktu, zde vůle právně vynucená projevuje vznik práva: subjekt vůle jest proto vrchnostenským nalézatelem aktu; tam norma právní stanoví pouze meze volného rozhodování vůle, t. j. právně svobodného chtění jejího, zde norma právní vynucuje určité chtění vůle, ponechávajíc jí jen sféru volného uvážení, t. j. právně nevázaného myšlení; tam akt jest projevem vůle jedné neb více stran, tedy aktem jednostranným nebo vícestranným, zde akt jest projevem vůle státní, tedy aktem státní exekutivy a projev vůle osoby soukromé může býti jen podmínkou jeho;

2. touže relací vůle k normě právní — s projevem vůle spojuje norma právní vznik chtěných účinků. Proto předně každá vůle právní jest (formálně) právně rovnocenná — projev její jest stejně podmínkou uskutečnění normy právní: pokud akt předpokládá projev vůle státní a soukromé, tu dvojí možná právní relace obou vůlí nespočívá v různé relaci jejich k normě právní, (jak se obecně soudí), takže stát jest buď stranou osobě soukromé právně rovnocennou nebo vrchností osobě poddané právně nadřazenou, a akt dle toho dvojstranným nebo jednostranným, nýbrž v různé relaci jejich k právním účinkům, takže stát i osoba soukromá jsou sice stejně subjekty právními, ale buď jsou oba stranami aktu, buď onen vrchnostenským jeho nalézatelem, tato žadatelem, a akt dle toho dvojstranným právním jednáním nebo aktem vrchnostenským, závislým na projevu vůle osoby soukromé. Proto za druhé každý akt právní jest (formálně) právně stejně účinným — uskutečňuje se jím vždy

norma právní: pokud akt jest konstitutivním nebo deklaratorním, nejde tu o různý právní účinek aktu, (jak se obecně soudí), nýbrž o různý obsah jeho — ne podle toho, zda akt je příčinou nebo úsudkem, nýbrž podle toho, jaký je účel jeho, akt právní nový poměr zakládá nebo stávající osvědčuje — projevený právní poměr však vždy čerpá z aktu svou právní relevanci.

Nesprávně jest proto panující pojetí právního jednání a aktu vrchnostenského, jemuž právní jednání jsou — v definici něm. obč. zákoníka — „Handlungen, bei denen der Wille des Handelnden auf den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen gerichtet ist“ a akty vrchnostenské následkem toho podle jedné jsou právními jednáními — a sice všechny akty: Kormann (l. o. s. 22: „jede Willenserklärung, die nicht Rechtsetzung ist, ist Rechtsgeschäft“), Kelsen; nebo jen akty konstitutivní: Laband O. Meyer, Ulbrich, Fleiner —, podle druhých pak liší se od nich relací subjektu k normě právní — Bernatzik, Tezner (Öst. Zeitschr. f. öff. R. I. s. 15 oba akty jsou „ebenso verschieden, wie die Obrigkeit oder die Behörde von der Partei und wie das öffentliche Recht oder das Recht der öffentlichen Gewalt vom Privatrecht“).

Literatura.

Část všeobecná.

Kerner Robert Joseph, *Slavic Europe*. A selected bibliography in the western european languages comprising history, languages and literatures. Cambridge (Mass. U. S. A.), Harvard University Press 1918. Stran XXIV. a 402.

Upozorňujeme na bibliografické dílo krajana našeho dra. Roberta Knera, profesora missourijské university, jež vyšlo v posledním roce světové války v Cambridgi ve státě Massachusetts nákladem Harvardské universitní tiskárny. Spis byl hotov již na počátku války. Autor ukazuje v předmluvě na potřebu takové knihy, která by západním národům podala co možná podrobný přehled literatury zabývající se slovanskými národy. Původně zanášel se spisovatel myšlenkou vydati bibliografii nejdůležitějších prací o Slovanstvu, psaných ve všech jazycích (nevyjímajíc ani slovanské). Pro veliké obtíže, stavějící se v cestu takovému dílu, rozhodl se však konečně přestati jen na bibliografii prací sepsaných v západoevropských jazycích, a to pokud běží o dějiny, řeči a literatury slovanských národů.

Válka světová ukázala, jak málo vědí západní národové o Slovanstvu,

a proto bude bibliografie Kernerova skutečně důležitou pomůckou ke studiu slovanského světa. Kniha přijde vhod i samé veřejnosti slovanské. Neboť bez ní bylo by kruhům slovanským těžko zjednatí si náležitou informaci o publikacích vztahujících se k Slovanům, pokud jsou psány v jazycích západoevropských.

Dílo je rozděleno na šest oddílů. V prvním je podána bibliografie týkající se Slovanů jakožto celku. Oddíl druhý věnován je Rusům (všech větví, Velkorusům, Malorusům čili Ukrajincům i Bělorusům), oddíl třetí Polákům, čtvrtý Slovanům v Německu (vylučující Poláky), pátý Čechům a Slovákům, šestý Slovanům jižním. V každém oddíle seřazena je bibliografie podle tří rubrik: dějiny, řeč a literatura. V oborů dějin obrací se pozornost nejprve k dílům bibliografickým, pak k publikacím periodickým, pramenům, kartografií a zeměpisu, cestopisům, archeologii, etnologii, ke všeobecným dějinám politickým, hospodářským a sociálním, načež se probírá literatura historie podle jednotlivých období, po případech i zemí (krajů). Historie právní jest obsažena v politických dějinách. Prameny historické se uvádějí, i pokud jsou psány latinsky. Cituje se na př. Jirečkův *Codex iuris bohemiici*, ba i jeho *Svod zákonův slovanských*, v němž jest uveřejněna jen menší část pramenů psaných latinským jazykem.

Knihy zaznamenané v Kernerově bibliografii nalézají se skoro vesměs v Harvardské universitní knihovně.

Karel Kadlec.

Mruchevsky Michel, Abrégé de l'histoire de l'Ukraine. Paris, Genève, Prague 1920. Stran 253.

Kniha je určena hlavně pro veřejnost západoevropskou, jak to prozrazuje již jazyk, kterým je psána. Čtenář slovanský najde o věcech v ní probíraných poučení ve starších pracích autorových, zejména v jeho starší práci *Očerky istoriji ukrainskago naroda* (Petr. 1906) a v knize *Iljustrovana istorija Ukrajinjy* (Kijev—Lvov 1911), přeložené do velkoruštiny a vyšlé v Petrohradě 1913. Obsahem nové jsou pro nás přece však dvě poslední kapitoly, třicátá devátá: *La réaction et la guerre* (1907—1916) a čtyřicátá: *La révolution. Proclamation de la République Ukrainienne.*

Kapitola třicátá devátá je zcela krátká. Líčí se tu stručně, jak se postavení Ukrajinců na Rusi značně zhoršilo za poloústavního režimu před světovou válkou. Ještě v první a druhé dumě měli Ukrajinci dosti veliký počet zástupců; naproti tomu v dumě třetí zbavení byli všelikého zastoupení. Administrativa ruská vystupovala pak tajnými předpisy proti ukrajinskému tisku a spolkovému životu. R. 1910 zastavena byla násilně činnost nejdůležitější kulturní instituce ukrajinské, kijeverské Prosvity. Na to líčí autor útrapy, jež bylo snáseti ukrajinskému lidu za války.

Obšírnější je kapitola poslední. Spisovatel, který sám na sobě zakusil těžké důsledky války, byl vězněn a konečně vypuzen do vyhnanství, s důrazem podotýká, že hnutí ukrajinské přese všechno pronásledování a potlačování jen rostlo. Podrobněji vypisují se události týkající se Ukrajinců, jež se sběhly od vypuknutí revoluce ruské v měsíci březnu 1917 až do ledna 1919. Dne 7. (20.) března 1917 byla zřízena v Kijevě Ústřední rada ukrajinská, jejímž prvním činem bylo uspořádání veliké národní manifestace pro

autonomii Ukrajiny. Od 19. do 21. dubna 1917 konal se veliký národní sjezd, jehož se účastnilo na 900 zástupců všech stran Ukrajiny. Běželo o to, aby Ústřední radě novými volbami dán byl ráz skutečného zastupitelstva ukrajinského národa. Autor líší, jak Rada pracovala k tomu, aby autonomie Ukrajiny byla uznána ruskou vládou, s jakými obtížemi se při tom setkala, jak „prvá konstituce Ukrajiny“ nebyla ruskou vládou přijata, jak místo ní ministerská rada ruská publikovala 4. srpna 1917 „prozatímnou instrukci pro generální sekretariát“ ukrajinský atd. Ještě větší nepřátele našla autonomie Ukrajiny v bolševicích. Také o překážkách bolševických autor se podrobněji rozepisuje.

Spis Hruševského je velmi poučnou informační knihou o dějinách a politických aspiracích Ukrajinců. K. K.

Právní dějiny.

Kadlec Karel, Dějiny veřejného práva ve střední Evropě, sešit 1—3, Praha, 1920, str. 454.

Zákonem z 22. května 1919 čís. 290 sb. z. a nař. o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních v republice československé zavedeny byly na právnických fakultách místo dřívější historie německého práva a říšských dějin rakouských dějiny práva veřejného a soukromého ve střední Evropě. K provedení tohoto zákona bylo pak vydáno nařízení vlády republiky československé z 18. září 1919 čís. 510 sb. z. a nař., podle kterého jest tento nový předmět teprve postupně vybudovati a jest v něm především přihlížeti „k institucím, které mají obecný ráz evropský a k osudům zemí českých“.

Ani zákon, ani nařízení nevymezují přesně předmět, naopak větou, že nový předmět jest postupně teprve vybudovati, jest dána představitelům dotčeného oboru dosti značná volnost, jak co do předmětu, tak i pokud se týče hranic výkladů. Záleží tedy velmi mnoho na pojetí tohoto předmětu se strany učitele.

Výše uvedený spis jest první prací z tohoto předmětu, ovšem nikoli celého, nýbrž jen z části jeho, totiž práva veřejného. Jest tedy po soudu referentově záhodno poněkud obsírněji a podrobněji k ní přihlédnouti.

Zde předem jest uvážiti, co sluší rozuměti pojmem „střední Evropa“. Autor praví, že pojem ten jest rozhodně širší než Německo a bývalé Rakousko-Uhersko. Zajisté. Zeměpisně nekryje se střední Evropa s Německem a Rakousko-Uherskem; obsahuje jistě střední Evropa na západ i Francii a na východ i Polsko. Ale jest dále i jiný důvod, proč v pojmu veřejného práva ve střední Evropě nebylo lze se obmeziti jen na veřejné právo Německa a Rakousko-Uherska; důvod didaktický. Podle výše citovaného vládního nařízení jest především přihlížeti k institucím, které mají obecný charakter evropský. Na půdě Německa a Rakousko-Uherska institucí, které by měly tento charakter, není opravdu mnoho. Přihlížíme-li zejména k době nové, pozorujeme, že valná část institucí veřejnoprávních v těchto dvou státech postupem doby zakrněla ve zvláštním, čistě německém resp. rakouském ovzduší a vytvořila formy specificky německé. Mnohé z myšlenkových proudů moderních uplatňujících se koncem 18. a v první polovici 19.

století ve veřejném životě, zejména v oboru veřejného práva, zarazily se na hranicích Německa a Rakousko-Uherska a nedaly vzklíčiti institucím, jež v ostatní Evropě tak zdárně se rozvinuly. Tak zejména idea svrchovanosti národa neujala se v Německu a Rakousko-Uhersku, ježto zde idea svrchovanosti panovníkovy, vlády „z milosti boží“ a reakční ráz veřejnoprávních institucí německých a rakouských to naprosto nepřipustily. Jen tím lze s vysvětliti, proč idea konstitucionalismu vůbec zakrněla zde v konstituční monarchii vybudované na principu monarchickém a vytvořila zvláštní typ konstituční monarchie rázu německého, typ, nepřihlížíme-li ovšem k Rusku a k Turecku, existující výlučně jen v Německu a v Rakousko-Uhersku. Chtěli-li bychom studovati vývoj principu demokratického, vývoj parlamentarismu, vývoj moderní republiky a pod., na půdě Německa a Rakousko-Uherska, neseznáme z toho ničeho. Z toho důvodu chtějí obmeziti dějiny veřejného práva ve střední Evropě na dějiny veřejnoprávních institucí vytvořivších se na půdě Německa a Rakousko-Uherska znamenalo by podati jen kusý obraz veřejnoprávních institucí majících obecný ráz evropský a zastříti čtenáři oči před celou řadou institucí, jež vzniknuvše na evropském západě, teprve po světové válce se právě na půdě Německa a Rakousko-Uherska ujaly.

Střední Evropa není tedy jen Německo a bývalé Rakousko-Uhersko. Co však sluší zahrnouti v rámeček předmětu „dějiny veřejného práva ve střední Evropě“? Autor čítá sem dějiny veřejného práva ve státu polském, a dále vedle všech složek bývalé monarchie habsburské, států českého a uherského a zemí rakouských, ještě výklad o veřejnoprávních institucích a státoprávních snahách jižních Slovanů, nejen Chorvatů a Slovenců, nýbrž i Srbů. Pokud Chorvatů a Slovenců se týče, nebude, doufám, sporu o to, že oba tyto národové v rámeček našeho předmětu spadají. Pouze pokud Srbů se týče, mohly by tu býti určité pochybnosti. Autor nepřezírá a sám připomíná, že Srbové náleželi původně mezi národy balkánské a nemohli tedy býti čítáni k národům střední Evropy. Avšak postupem doby stávali se Srbové v bývalé monarchii rakousko-uherské činitelem tím závažnějším, čím více tato monarchie provozovala balkánskou politiku, a konečně nově vytvořené království Srbů, Chorvatů a Slovenců skládá se většinou ze zemí této monarchie, takže již z tohoto důvodu jest nezbytno přihlídnouti také k dějinám Srbů. Důvody tyto jsou správné a sluší důsledkem toho jen schváliti, že autor přihlédl také k Srbům.

Pokud samého Německa se týče, podává autor stručný přehled veřejnoprávního vývoje říše francé a pak římskoněmecké a přihlídá také k dějinám ústavního zřízení státu braniborskopruského. I s tím lze jen souhlasiti. Jeť Braniborsko-Prusko státem, kde idea státu vrchnostenského našla úrodnou půdu a ujala se v plné své ryzosti, a jehož zřízení v mnohém podává klíč k reformám monarchie habsburské za Marie Terezie a Josefa II. Konečně také tento stát se svým vyvrcholeným monarchickým principem jest typickým přímo protikladem státu polského, ve kterém princip monarchický záhy byl zatlačen živlem stavovským, a jehož konečný vývoj jest oligarchická republika s monarchickým nátěrem.

Spis jest rozdělen na dvě knihy, z nichž prvá jest věnována starším

formám států středoevropských, druhá pak států modernímu, národně zastupitelskému.

Kniha první obsahuje období států patrimonijního, feudálně stavovského a feudálně absolutistického až do konečného ustavení států konstitučního, vybudovaného na podkladě zastupitelském. Pro konečné vybudování moderního státu zastupitelského jednotné hranice časové není. Autor jest si toho také dobře vědom. Z toho důvodu zajisté hranice jeho výkladů jsou jiné v knize první a opět jiné v knize druhé, takže, co výše bylo řečeno o hranicích výkladů, dopadá jen na knihu první.

Z knihy první část prvá jest věnována říši francké. Autor, předeseilaje stručný politický přehled, postupně vykládá ústavu a správu říše francké, promlouvá a mocenských prostředcích panovníkových, načež věnuje pozornost novým hybným silám vývoje státoprávních poměrů, jež z primitivního státu středověkého, na který se ještě dobře hodí název státu barbarského, tvoří již základy státu feudálního, a všímá si bedlivě i poměru státu k církvi.

Část druhá jedná o říši německé. Autor se tu uchyluje od periodisace dosud obvyklé v německých dějinách právních. Poněchává sice dosavadní rozdělení na čtyři období, volí však pro ně jiné meze časové. Kdežto obvyklá až dosud periodisace jest: doba germánská, doba francká, věk střední a věk nový, vypustil autor dobu germánskou, dobu franckou vzal za období první — probírá ji vlastně zcela samostatně v části první: říše francká — a zbývající dvě období rozdělil na období tři. Prvé období počíná se r. 887 a končí počátkem 13. stol. Autor je charakterisuje jako dobu plně se rozvíjejícího feudalismu, kde říšské úřady se sice vymykají znenáhla z moci panovníkovy, stávající se dědičnými lény v rukou jich držitelů, avšak na venek zůstávají přece jen úřady. Druhé období zahajují říšské zákony z r. 1220 a 1232 a končí mír vestfálský z r. 1648. Jest to podle autora období feudálně stavovské aneb období teritoriálních států s režimem dualistickým, panovnícko-stavovským. Bývali úředníci, nyní již knížata, vykonávají nad svými (někdy úředními) územími pravou vládu panovníckou, ale obmezenou dílem suverenní mocí krále (císaře), dílem spolupůsobením zemských stavů. Obmezování se strany královny stává se čím dále tím menším, kdežto stavovská součinnost naproti tomu nabývá rostoucích rozměrů. Třetí období se počíná mírem vestfálským. „Německo se stává složitým státem zvláštního druhu, podobným státům spolkovým, nadřazeným knížecím územím (státům členským). Imperium vykonává císař společně se souborem říšských stavů shromážděných na říšském sněmu, tedy celé kolegium.“ Členským státům náleží jen polosuverenita; jsou to většinou už státy absolutistické, v nichž zaniká aneb aspoň je potlačován dualism státní moci.

Odhýlení toto od obvyklé periodisace má zajisté svoje dobré důvody. Pokud se týče vypuštění t. zv. doby germánské, odůvodňuje se tím, že doba tato jest celkem pro náš předmět bezvýznamná; právní a státní řády jsou v primitivním stavu a o nějakém obecném rázu evropském nelze u nich mluvit. Rozdělení t. zv. doby německé na tři období místo na období dvě jest po mém soudu ospravedlněno tím, že na vývoj státního zřízení říše německé mají mezníky autorem vyznačené skutečně dalekosáhlý význam. Dosavadní rozdělení právních dějin německých na dvě období, na střední a nový věk,

jest dáno více méně spojitostí výkladů o dějinách státního zřízení s výklady o dějinách práva soukromého. Avšak různé ty momenty, které pro toto dělení jsou směrodatny, jako jest v první řadě recepce římského práva, dopadají takřka výhradně jen na právo soukromé. Naproti tomu pro dějiny státního zřízení konec věku středního a začátek věku nového nepřinášejí nám mnoho a co přinášejí, není přece jen tak významné, aby to mohlo tvořiti mezník nového období. *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* a *Statutum in favorem principum* klade základy příští moci zeměpanské, ale vývoj této moci není ukončen na sklonku věku středního. Reformace sice urychluje tento vývoj, ale přes to stále ještě pozorujeme, jak této moci zeměpanské kladou se meze jednak pojetím svrchovanosti krále, resp. císaře, jednak že proti zeměpánu ve vlastním jeho území stojí tu zemští stavové jako spolupředstavitelé státní moci. Protiva mezi *rex* a *regnum* trvá, a byť i od konce 15. stol. v poměru zeměpána ke stavům se pozorovala jakási změna, která dává již tušiti příští absolutismus zeměpanský, přece jen počátky tohoto absolutismu jsou tak nesmělé, že počátek věku nového nemůže tvořiti nijaký mezník.

Naproti tomu mír vestfálský tvoří zde opravdový mezník. Jím vývoj zemské výsosti jest dovršen. Říská knížata stávají se skutečnými zeměpány a „*jus faciendi inter se et cum exteris foedera*“ činí z nich takřka již svrchované panovníky, neboť obmezení tohoto práva, že smlouvy ty nesmějí čeliti proti císaři nebo říši, jest více méně jen dle jména, kdyžť samotné dějiny třicetileté války podávají nám dosti zřetelné doklady opaku. Ve státoprávní skladbě říše římskoněmecké nastává tím změna potud, že říše tato stává se již jen pouhým spolkem států. Rozpadnutí se říše a potomní utvoření Německého Bundu, jakožto mezinárodního spolku svrchovaných knížat a svobodných měst Německa, jest jen konečným článkem rozkladného pochodu sankcionovaného mírem vestfálským. A jako zemská výsost vůči říši stává se skutkem, tak i moc zeměpanská uvnitř samotného území se utvrzuje oproti zemským stavům. Zavedení stálého vojska dává zeměpánům nebývalou zbraň do rukou. Vystupují již nepokrytě na jevo absolutistické snahy, proti nimž stavům zemským nedostává se ani zbraní, ani zastání od říše. Od polovice 17. stol. propadají jednotlivá území německá knížecímu absolutismu.

V části věnované Německu autor líčí nejprve rozkvět feudalismu, vývoj měst a ústavu říše období feudálního. V období druhém — v období státu feudálně stavovského — výstižně pojednává nejen o ústavě říšské, nýbrž také o ústavě zemské. V období třetím — v období soustátí teritorií — líčí pak následky a důsledky míru vestfálského, zánik říše římskoněmecké a založení německého bundu.

Část třetí: stát braniborsko-pruský a jeho absolutism jest v podstatě jen doplňkem části druhé, neboť na tomto státu makavě vidíme vývoj absolutistických snah, jak během věku nového se uplatňovaly v Němcích, se všemi prostředky a pomůckami, jichž absolutismus užíval, až po vyvrcholení ideje vrchnostenského státu s byrokratickým a militaristickým aparátem.

Část čtvrtá obsahuje český stát. Stát tento byl zajisté původně státem patrimoniálním, změnil se však později na feudálně stavovský; ovšem lenní zřízení nezapustilo zde tak hlubokých kořenů jako v západní Evropě. Vykazuje pak posléze formu stavovské monarchie dualistické. Základem a těžištěm

státu jsou Čechy, ke kterým přistupuje v pol. 10. stol. Morava, jejíž hranice proti Uhrám jsou definitivně stanoveny mírem ostřihomským z r. 1031. Nepřiblížíme-li k přechodným rozšířením českého státu za Boleslava II., Přemysla II. a Václava II., rozšiřuje se za Lucemburků český stát ve stát dynastický zaujímající kromě Čech a Moravy celé Slezsko, oboje Lužice a přičetelné i Branibory a Lucembursko. Pro tento stát začíná se od 14. stol. užívati označení „česká koruna“.

Země české stály k říši římsko-německé v určitém závislostním poměru, který beré misty na sebe ráz poměru lenního. Ovšem nemůže tu jíti o pravidelný poměr manský, neboť země české nebyly nikdy věčným lénem říše. Byl tu manský poměr zvláštního druhu záležející v tom, že panovník český byl pravým vasalem krále římskoněmeckého jako arcibiskup a kníže-volenec říše a jako panovník lužický a držitel zahraničních lén ležících v Německu. Jinak však panovník český byl ke králi římskoněmeckému v poměru suveréna k suverénu a poměr českého státu k říši byl poměrem mezinárodním. Husitskými válkami byly pak styky Čech s říší přerušeny.

Autor dále tu vykládá trůnní právo, státní zřízení v době nejstarší, složení obyvatelstva, vznik stavů a stavovského zřízení, ráz státní moci, vznik, složení a pravomoc, jakož i druhy sněmů, úřady a soudy.

Část pátá jedná o státu polském. Po stručném politickém přehledu charakterisuje autor polský státní vývoj celkem takto: Polsko jest příkladem středověkého stavovského státu, který se začal velmi slibně vyvíjeti jako silná patrimoniálně absolutistická monarchie, avšak dříve než se náležitě zcentralisoval a upevnil, rozpadl se po necelých dvou staletích na řadu knížetství. V těchto knížetstvích vyvinulo se silné stavovství a zemský separatism, jež zcelovací proces započavši počátkem 14. stol. nedovedl již zdati, a to tím méně, ježto netrval ani tři čtvrtiny století. Nevýhodou pro Polsko bylo dále, že příliš brzo vymřela stará domácí dynastie, a že si šlechta polská na novém panovníku vymohla značné svobody, které nejen obmezovaly silně panovníka, nýbrž byly na škodu samotnému státu. Moc královská stále upadá a volitelnost trůnu zasazuje jí největší ránu: král se stává pouhým šlechtickým úředníkem a stát polský šlechtickou republikou. Vadou státního zřízení polského byly nedostatek silné moci královské, nedostatek řádně organisované exekutivy, takže stát nevycházel vlastně z anarchie, a nezdravé sociální rozvrstvení obyvatelstva.

Ústavní dějiny Polska lze dělit na tři období: období státu patrimoniálně absolutistického, jež sahá do počátku 13. stol., období státu stavovského sahající až do počátku 16. stol. a období státu šlechtického či spíše řečeno šlechtické republiky, které trvá až do zániku říše.

V Polsku se vytvořili tři političtí stavové: duchovenstvo, šlechta a stav městský. Nejprve se organisoval stav duchovní, který od konce 13. stol. vystupuje jako stav požívající úplné samosprávy a vykonávající i obsáhlé soudnictví. Po něm organisuje se stav městský, který však záhy na to opět začal upadat. Příčiny toho byly jednak politické, jednak i hospodářské. Města pozbývají svého významu a již v 15. stol. straní se účastenství na sněmích, takže mizejí z řady stavů zemských. Nejposléze ze všech začala se organisovati šlechta; pochod vývojový táhl se u ní až do 14. stol. Pů-

vodně pozorujeme zde snahu vytvořiti i ve šlechtě dva stavy, ale snaha tato nedošla uskutečnění: šlechta zůstala stavem jednotným a svobod šlechtických byli účastni stejnou měrou bohatí magnáti právě tak jako chudí zemané.

Sněmy polské byly trojiho druhu: sněmíky, správní a zákonodárné shromáždění šlechty jednotlivých vojvodství, sněmíky generální (sněmy celých zemí), shromáždění to plnomocníků volených na sněmicích vojvodských a konečně valné sněmy celé koruny, shromáždění šlechty celého státu. Rozdíl v organizaci jednotlivých těchto druhů sněmů záležel m. j. v tom, že sněmíky provinciální a zemské byly založeny na soustavě jednokomorové, kdežto valné sněmy koruny se skládaly ze dvou komor: ze senátu, který tvořili církevní hodnostáři a úředníci světsí, zemští i říšští, takže senát má povahu výhradně úřední a ze sněmovny dolní (izba poselska), kde jest zastoupěna veškerá neúřední šlechta polská, vyšší i nižší.

Sněmy měly pravomoc správní a zákonodárnou. Pokud významu se týče, nabyly sněmíky značné váhy, ba měly vrch i nad sněmy až do počátku stol. 18., kdy suěmy jim opět odňaly značnou část jejich pravomoci. Podstatnou vadou polského sněmování bylo, že princip majoritní nebyl uznán; k platnému usnesení jak sněmíků, tak i sněmů se vyžadovalo jednohlasnosti, takže podle pověstného t. zv. liberum veto mohl každý jednotlivý člen sněmu celé jednání sněmovni zmařiti.

Polské státní zřízení netrpělo však jen vadami sněmovními; celá veřejná správa spočívala na nezdravých základech. Moc královská, nejen že se nemohla upevniti, nýbrž důsledkem t. zv. pacta conventa při volbách královských klesla na pouhý stín moci. A ježto král ve své osobě představoval vlastně autoritu státu, trpěla důsledkem toho i autorita státní samá. Šlechta se zmocnila vlády v celém státu a vykonávala ji spíše pro své zájmy než na prospěch státu. Úprava úřadů byla rovněž slabou stránkou celého veřejného života. K tomu se družily i jiné skutečnosti, konflikty se sousedy, zejména se státem moskevským, rozpory náboženské a pod. Nezdravé tyto zjevy spojené s nedostatečnou organizací státní a společenskou přivodily konečně pád celé říše: hrabiví sousedé, Rakousko, Rusko a Prusko využili všech těchto nesnází polského státu a rozdělili se o jeho území; polský stát zmizel koncem 18. stol. z řady států evropských.

Část šestá jedná o státu uherském do r. 1526. Autor podává opět nejprve povšechnou charakteristiku uherského státu, pojednává o území a národnostech státu a vykládá na to státní zřízení v době nejstarší. Stát uherský byl zajiště původně státem patrimoniálním a králi příslušela moc absolutní. Avšak právě tak, jako v jiných státech, začíná se i zde vyvíjeti stavovství. Tvoří se čtyři politické stavy: prelátský, paňský, šlechtický a městský. Řádné sněmování ujímá se tu poměrně velmi pozdě. Ve státním zřízení uherském zvláštního významu se dodělala komitátní samospráva, která se bohatě rozvinula teprve v době habsburské a stala se v nové době jedním z nejmohutnějších pilířů státní samostatnosti uherské.

Část sedmá je věnována státům jihoslovanským, resp. státu chorvatskému. Ve všeobecném přehledu vykládá autor důvody, proč z jihoslovan-

ských plemen nemohl se vyvinouti jeden slovanský národ, a věnuje pozornost všem slovanským národům balkánského poloostrova.

Státní život chorvatský počal se vyvíjeti kolem dvou oddělených středisek: jedno leželo v přímoří, v nynější Dalmácii, druhé daleko od moře, v nynější Slavonii. K tomu přistupuje ještě byzantská Dalmácie, která sice původně patřila k císařství byzantskému, avšak postupem doby se pochorvatšovala, až konečně byla připojena k Chorvatsku. Odtud pozdější název Chorvatska „království trojjediné“, t. j. Chorvatsko, Dalmácie a Slavonie.

Státem nezávislým stalo se Chorvatsko kolem r. 880, ale po vymření domácí dynastie koncem 11. stol. dochází r. 1102 ke smlouvě mezi Uherskem a Chorvatskem, podle které král uherský Kolomán je zvolen a korunován za krále chorvatského. Tím dochází k unii uhersko-chorvatské: král uherský je zároveň králem chorvatským; z počátku bylo i zvláštní korunování na krále chorvatského, avšak později odpadlo, takže jedním a týmž aktem prováděno bylo korunování na krále uherskochorvatského. I po unii z r. 1102 jest Chorvatsko státem samostatným, ale postupem doby se čím dále tím více podřizuje uherským právním řádům a orgánům. Vyvíjí se i společný indigenát uherskochorvatský.

Chorvatsko podržuje však vlastní svou správu pod nejvyšším zemským úředníkem, bánem. Někdy však posílali králové uherští do Chorvatska své syny nebo mladší bratry za zvláštní zemské správce jakožto vévody, jichž moc se rovnala moci královské: dosazovali bány a biskupy, potvrzovali královské privileje, svolávali sněmy atd.; mívali i své vlastní dvory a svou komoru. Bán v Chorvatsku měl podobnou moc jako v Uhrách palatin a býval nezřídka označován jako místokrál. K rukám měli bánové pomocníky zv. podbány, obyčejně dva: slavonského a chorvatského, jež si sami jmenovali.

Chorvatské země měly také svoje vlastní sněmy. Od druhé polovice 13. stol. konaly se dvoji sněmy, jeden pro Slavonii a druhý pro Chorvatsko; v případech zvláště důležitých konal se společný sněm chorvatskoslavonský. V 15. stol. začal sněm slavonský pravidelně posílati svoje posly na uherský sněm; sněm chorvatský však tak nečinil i přes vyzvání královské.

Ještě za úplné státní nezávislosti bylo státní území chorvatské rozděleno na menší správní obvody zvané župami, v jichž čele stáli župani. Na tom nebylo po unii uherskochorvatské z počátku měněno ničeho. Avšak ve Slavonii záhy ubývalo plemenných žup a začaly se jejich spojováním tvořiti nové župy čili komitáty po vzoru uherském, jako vůbec Slavonie, jež sousedila přímo s Uhrami, počala se brzo přizpůsobovati ústavním, správním a sociálním řádům uherským. Naproti tomu v Chorvatsku se plemenné župy udržely až do 14. stol. Župy vykonávaly správu a soudnictví. Od soudu županského bylo lze se odvolati k soudu bánskému. Od bána přípouštělo se pak později odvolání ještě ke králi, který je odevzdával k rozhodnutí dvorskému sudi uherskému.

Část osmá, neobsáhlejší ze všech statí první knihy, jedná o monarchii habsburské, rakousko-česko-uherské. Podány jsou tu nejprve základní črty jejího vývoje, načež je líčen územní vývoj a státní zřízení zemí rakouských až do r. 1526. V dalších kapitolách jsou pak vyloženy územní vývoj monarchie a snahy o unifikaci trůnního práva a správy a o společná zastupitelstva zemí,

dále zemské ústavy jednotlivých celků státních a konečně doba od r. 1740 — 1848, tedy, nepřihlížíme-li ovšem k státům českému a uherskému do r. 1526, to, co tvořilo bývalý předmět „říšské dějiny rakouské“, ovšem ve stručnějším podání.

Kniha druhá jest věnována státu konstitučnímu, národně reprezentačnímu. Bylo řečeno již výše, že hranice výkladů jsou jiné v knize první a opět jiné v knize druhé. V knize první obmezuje se autor na střední Evropu a časově jeho výklady končí přirozeně rokem 1848. Naproti tomu kniha druhá neobmezuje se jen na střední Evropu, nýbrž zaujímá i Anglii a dokonce i Spojené Státy Severoamerické a časově přirozeně nezačíná tam, kde končí kniha první. To ovšem, přísně vzato, v rámcích dějin středoevropského práva již nespadá. Přes to však dlužno jen schváliti, že autor nezůstal lpěti jen na pojmu „středoevropský“, nýbrž pokládal za závažnější přihlídnouti také „k institucím, které mají obecný ráz evropský“. Pochybuji totiž, že by se někomu podařilo vyložití náležitě podstatu, vznik a vývoj ideje konstitucionalismu, aniž by nešel ke kolébce této ideje, k Anglii. A rovněž nelze náležitě pochopiti a vykládati instituce parlamentarismu, které, nepřihlížíme-li ovšem ke Švýcarsku a Rusku, ovládly dnes veškerou státní zřízení v Evropě, aniž bychom nestudovali vznik a vývoj těchto institucí opět v Anglii. A právě tak idea moderní republiky, byť i zárodek její dán byl v podstatě reformací, nezakotvila a nebyla uskutečněna na půdě evropské, nýbrž na půdě Nového Světa, v Americe. Stejně jest tomu i s ideou základních práv občanů státních, která poprvé byla formulována rovněž na dálném západě americkém. Všechny tyto ideje mají nejen obecný ráz evropský, nýbrž i dalekosáhlý význam pro země české, neboť se ujaly, resp. byly zavedeny po světové válce i v našem státu.

Autor vykládá nejprve pojem státu konstitučního; jest to svaz rovnoprávných a svobodných státních občanů určitého území, účastnících se výkonu státní moci prostřednictvím zástupců. Definici touto jsou dány korporacívní ráz státu, idea reprezentační a zároveň princip demokratický. Všechny tyto myšlenky potřebovaly ovšem k svému uskutečnění dlouhého vývoje, který byl zahájen a v podstatě i ukončen nikoli na půdě střední Evropy, nýbrž v Anglii, a do jisté míry, pokud totiž se týče formy demokratické republiky, v Americe. Autor také líčí vývoj těchto idejí v Anglii a v Americe a dále spor principu monarchického s principem demokratickým, jak se odehrával ve Francii, až konečně skončil t. zv. červencovou revolucí vítězstvím principu demokratického. Po vzoru francouzském a částečně i anglickém vybudována byla ústava belgická, kterou spolu s francouzskou ústavou byl dán typ konstituční monarchie vzoru francouzskobelgického čili monarchie vybudované na principu demokratickém neb také monarchie parlamentní. Naproti tomu v Německu a na půdě bývalé monarchie rakouskouherské zůstal princip monarchický zachován v neztenceném rozsahu.

V dalších kapitolách jsou líčeny dějiny konstitučních snah v Polsku, konstituční snahy v Německu a jejich výsledky a konečně ústavní vývoj v podunajské monarchii od r. 1848, ve kterém jest pečlivě přihlížáno jak k ústavním snahám českým, tak i k otázce národnostní.

Bylo řečeno již z předu, že spis tento jest prvním svého druhu; jím razi se jaksi cestu vybudování našeho předmětu. A tu lze zcela otevřeně

řící, že spis ten jest dilem velmi zdařilým. Autor vyčerpává tu látku jasně a přehledně, všímá si bedlivě všech složek veřejnoprávního života a přihlédá zejména, pokud území bývalé monarchie rakouskouherské se týče, pečlivě i k otázkám národnostním. Rovněž i s metodou spisu lze jen souhlasiti. Nebude lze tedy, doufám, pochybovati o tom, že spis tento jasně vystihl intence zamýšlené zavedením předmětu, takže bude jistě bezpečným základem pro jeho vybudování.

Po jedné stránce vznikají však přece jakési pochybnosti. Spis ten jest jistě sepsán jako učebnice; ale tu právě jest obava, zda jako učebnice není příliš obsáhlý a zda by se nedoporučoval spis stručnější. Ale tu nárazíme opět na nové potíže. Čím důkladněji spis pročítáme, tím více přicházíme k přesvědčení, že velmi těžko je tu něco krátiti, nemá-li trpěti újmu jasnost a srozumitelnost výkladu. Bylo by lze arci namítnouti, že některé části obsahují dokonce i dějiny politické a že by bylo lze je vypustiti. Avšak to pokládám za jednu z předností spisu. Tam, kde nástin politického vývoje jest předestlán jako úvod, jest to po mém soudu přímo nutné, ač-li čtenář má si učiniti jasný přehled o celé věci. Tam pak, kde při líčení samém jsou obsaženy také dějiny politické, jako jest tomu po výtce v § 101 (ústavní vývoj v podunajské monarchii od r. 1848), jest to dáno povahou věci samé, neboť autor zde zejména přihlíží také k otázce národnostní, která přece v dosavadních učebnicích říšských dějin rakouských byla přímo zanedbávána. A výklad otázky národnostní bez zřetele na politický vývoj jest po mém soudu těžko myslitelný. Obšírnosti spisu nebylo tedy lze se vyvarovati. Ba po mém skromném názoru bylo by záhodno některé části i doplniti, resp. rozšířiti. Tak na př. bych doporučoval vsunouti do první knihy ještě nástin vývoje správní i státní organizace státu francouzského v době nové, neboť organizace tato byla vzorem, odkud velmi často čerpali Habsburkové při zařizování správního a státního ústrojí monarchie. Rovněž druhá kniha by vyžadovala rozšíření. Vývoj zásad, jimiž jest dnes řízena soustava reprezentativní, jakož i parlamentarismu v Anglii, jeho recepcce ve Francii a v Belgii v prvé polovici minulého století, jakož i potom ostatními monarchiemi vybudovanými na principu demokratickém, vývoj principu monarchického a demokratického, vývoj myšlenky t. zv. přirozených práv lidských, vývoj správního soudnictví ve Francii a pod; to vše po mém soudu by vyžadovalo ještě podrobnějšího vylíčení.

Tím vším by ovšem rozsah knihy ještě vzrostl. Poněvaž pak stěží lze si představití nějaké podstatné omezení knihy, nezbývá po mém soudu nic jiného, než usilovati o rozmnožení předmětu samotného, t. j. o zvýšení počtu hodin připadajících na dějiny veřejného práva ve střední Evropě. K tomuto závěru vede nás ještě i jiná úvaha. Předmět náš jest jistě míněn jako náhrada za bývalé říšské dějiny rakouské a dějiny veřejného práva německého. Na oba tyto předměty připadalo celkem 10 hodin týdně. Naproti tomu pro dějiny veřejného práva středoevropského připadají jen 4 hodiny týdně. Pochybují, že by bylo bývalo úmyslem zákonodárcovým předměty tyto omeziti. Naopak zde spíše se jedná o rozšíření látky také na veřejnoprávné instituce středoevropské mimo Německo a bývalé Rakousko-Uhersko mající ráz evropský.

Pokládám předmět dějiny práva ve střední Evropě za velmi důležitý a zavedení jeho upřímně vítám. Neboť při něm jde o rozšíření vědeckého rozhledu posluchačů a o upoutání jejich pozornosti na veřejnoprávní instituce také jiné než ty, které platily v Německu a bývalém Rakouskokuersku, a ve věci samé o vymanění české vědy z područí vědy německé a obeznámení její s příslušnými literaturami francouzskou, anglickou atd. Toho však sotva bude lze dosáhnouti obmezením předmětu na čtyři hodiny týdně. Je-li předmět tento skutečně „vybudovati“, má-li býti intencí zákonodárcových dosaženo, jest jemu věnovati také náležitý počet hodin. Kniha autorova jasně dokazuje, jak znamenitě lze tento předmět vybudovati. K tomu však čtyři hodiny v týdně jest přece jen příliš málo.

Boh. Baxa.

Kisch Guido, Leipziger Schöffensprüche-Sammlung (I. svazek sbírky Quellen zur Geschichte der Rezeption). Leipzig 1919. Stran XVI., 126 a 655.

K právnické fakultě lipské university přičleněný badatelský ústav pro právní dějiny (Forschungsinstitut für Rechtsgeschichte), řízený prof. Dr. Ad. Wachem, obral si za úkol „probádati a vyličití postup recepce římského práva v Německu nejen jako obecného zjevu, nýbrž i co do její jednotlivých účinků, a to se zvláštním zřetelem ke vlivu saského práva na právní vývoj“. Výsledky badání zahrnujícího všechny obory právních dějin budou uveřejňovány ve sbírce „Untersuchungen zur Geschichte der Rezeption“. Přípravou k ní má býti edice, již chceme věnovati několik řádek. Čtenářům našeho časopisu dobře známý, nadaný právní historik německý Dr. Guido Kisch, tou dobou profesor university královecké, uveřejnil tu sbírku lipských kmetcích nálezů a provází edici svou obšírným úvodem. Popisuje nejdříve podrobně rukopis M 2 saské zemské knihovny v Drážďanech. Běží tu o vělecnou památku, důležitou pro dějiny německého soukromého a procesního práva ve středověku. Rukopis znám byl dosud jen nedostatečně. Uváděn byl jako „rozsudky rozličných kmetcích stolic“. Homeyer zmínil se o něm v seznamu „německých právních knih ve středověku a jejich rukopisů“. Badatelé čerpali z rukopisu toho dosud jen nepatrně, a proto nebyl řádně znám ani jeho obsah. Teprve Kisch poznal velikou právně historickou cenu dotčeného manuskriptu, prozkoumal jej a nabytých vědeckých výsledků použil při své edici.

Seznámiv čtenáře se zmíněným rukopisem, vydavatel zabývá se v další části své úvodní rozpravy sbírkou lipských kmetcích nálezů. Vykládá nejprve o jejím vzniku, načež přechází k její charakteristice, probírá sbírky paralelní, zjišťuje prameny řečené sbírky a shrnuje pak výsledky svého badání takto: Sbíрка, v níž jsou většinou obsaženy výroky lipských soudních kmetů (scabinů, Schöffen), není úřední sbírkou kmetcích nálezů, nýbrž prací rázu soukromého. Povstala asi v l. 1523—1524, a to v Lipsku, Duševní původce práce, pro jehož praktickou potřebu sbírka byla sestavena, byl členem lipské kmetcí stolice. Zdá se, že písař nebyl ani práv znalý, ani právnický vzdělaný. Dílo bylo kompilováno z rozličných pramenů. Nejvydatněji bylo použito úředních sbírek lipské kmetcí stolice. Jiné prameny, z nichž bylo čerpáno, jsou: rozličné sbírky kmetcích nálezů, zvláště sbírka označená jako originál rukopisu M 2 drážďanské zemské knihovny, a dále paralelní sbírka k magde-

burským otázkám. Kromě toho použito zemského práva saského zrcadla a rozšířené vikpildní glosy. Také z rukopisných právních dobrozdání bylo těženo. Vydavatel má za pravděpodobné, že sbírka byla sepsána v archivních místnostech lipské kmetcí stolice. Četné vztahy sbírky k Lipsku a zvláště k lipské kmetcí stolici jeví se dostatečným odůvodněním k pojmenování jejímu „lipská sbírka kmetcích náleží“.

Tím, že vydavatel označil sbírku jako práci soukromého rázu, chtěl zdůrazniti jen rozdíl naproti sbírkám u lipské kmetcí stolice úředně založeným a vedeným. Sbírká jím vydaná čerpala z nich arci největší část svého obsahu. Lipská sbírka kmetcích náleží jeví se tudíž kompilací, jež spočívá na rozličných pramenech, hlavně na sbírkách kmetcích náleží. Zpracovatelská činnost jejího autora nebyla však tak intenzivní, aby se původní ráz pramenů a jejich součástí byl ztratil anebo byl doznal změny. Kmetcím náleží zůstala vesměs zachována jejich forma a právnícká rázovitost. Zkratky a změny týkají se jen vnější podoby textu. Neběží tu snad o vědecké zpracování, nýbrž o sběratelskou činnost. Nebyla tu podána samostatná soukromá práce právnícká, nýbrž obsah sestavených pramenů byl věrně reprodukován téměř beze změny. Lipská sbírka kmetcích náleží není tudíž samostatným plodem právní literatury, není „právní knihou“ ani soukromou prací na způsob právní knihy. Jen sběratelská činnost, již sbírka ta děkuje svůj vznik, vyšla ze soukromého podnětu. Vzhledem k tomu, že hlavním pramenem sbírky naší byly úřední sbírky lipské kmetcí stolice z polovice 15. století, a že nás zmíněné úřední sbírky došly teprv od r. 1487 — a to ještě ne bez mezer —, je Kischova edice dnes náhradou za ztracené části lipského úředního materiálu.

V poslední kapitole úvodní rozpravy pojednává vydavatel o zásadách, jimiž byl veden při úpravě své edice.

Na to následuje kritické vydání samého textu lipské sbírky kmetcích náleží, opatřené rejstříky, slovním a věcným, osobním a místním, seznamem citátů pramenných (z práva německého, římského a církevního) a jiným vědeckým aparátem. Užívání edice usnadňuje zejména podrobný slovní a věcný rejstřík, důležitý zvláště pro badatele neněmeckého, jemuž stará terminologie německá není snadno srozumitelná.

K. K.

Dr. Josef Vacek: Církev římskokatolická a manželství. V Praze, 1920; str. 55.

Pojednání toto vzniklo z přednášek v lidových extensích vysokých škol brněnských a jest otištěno jako první svazek v „Knihovně socialisace vědy“, již vydává nakladatelské družstvo „Máje“. Titul této nové knihovny jest u nás, zejména v nynějších dobách, poněkud neobvyklý. Socialisovati vědu znamená zde tolik, jako ji popularisovati, t. j. činiti ji lidu srozumitelnou.

Pojednání Vackovo musí tudíž býti pojímáno též s hlediska tohoto; nečiní nároku, býti samostatným probádáním otázky o poměru církve katolické k manželství, nýbrž chce poučiti veřejnost hlavně o nynějším vědeckém nazírání na rozlučnost manželství. Tomuto úkolu Vacek vyhověl přehledně; ovšem může leckde i jiný názor se uplatňovati, nežli spisovatel zastává.

Je přirozeno, že autor „Pravěku a manželství“ (v Praze, 1912, 1918) seznamuje své čtenáře také s příslušnými výsledky této své práce, jichž užívá k širšímu založení své otázky, čemu slouží i vylišení hlavních zásad o rozlučnosti manželství v některých dřívějších zákonodárstvích světských.

Obsah kanonický jest obeplat stručným vyobrazením poměru státu k církvi, který měl rozhodný vliv na vývoj přemnohých institucí církevních. Při vylišení církevního vývoje a citování kanonických dokladův autor čerpá hlavně z výborného díla Esmeinova, *Le Mariage en droit canonique* (2 svazky v Paříži 1891) a hledí oživit obraz jím sprostředkovaný vlastním usuzováním, svědčícím jeho známému živému nazírání sociologickému.

Nauka o nerozlučnosti manželství katolického jistě úzce souvisí s naukou o jeho svátostné povaze, pročež spisovatel také promlouvá o této spojitosti. Vývoj nazírání na manželství jako na svátost patří ke sporným otázkám dějin dogmatiky katolické. U nás věnoval tomuto vývoji pozornost n. př. T u m p a c h svým článkem „Manželství ve světle nejstarších památek a pomníků křesťanských“ (v Časopisu katolického duchovenstva, 1901), kdežto S o l d á t probírá věc hlavně se stanoviska nynější dogmatiky ve „Vzdělávací knihovně katolické“ sv. XLI: „O jednotnosti a nerozlučnosti manželství“ (v Praze, 1906).

O vývoji svátostí pojednává nejnověji S o h m (*Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, 1918), podle něhož se zrodila „svátost“ z prakřesťanského a původního katolického názoru o „ecclesia“, ale nesouvisí s pohanským mysteriem. Tím ovšem není řečeno, že názory S o h m o v y jsou nezvratnými, ale jistě vyžadují bedlivého uvažení.

Slovo ještě o citování dokladů pod čarou. Spisy určené pro rozšíření vědeckých poznatků nevyžadují toho, by uváděny byly jednotlivé prameny různými autory již zpracované; myslíme, že by stačilo uvést hlavní literaturu příslušnou, z níž by každý podle chuti mohl lehce se dopídit bližšího poučení. Uvádějí-li se však jednotlivé doklady, musí se to dít tak, aby čtoucí, jenž není obeznámen s věcí, jasně viděl, kde je má po případě hledati nebo co znamenají.

V poznámce 2. a 5. jsou tiskové chyby; má státi „Papyruskunde“ a „Neaeram“.

Sbory z doby karolínské (pozn. 52.) citují se nyní podle vydání W e r m i n g h o f f o v a v *Monumenta Germaniae, Legum Sectio III., Concilia*, 1908.

V pozn. 64. musí slovo „Glossa“ odpadnouti, neboť jde o P a n o r m i t a n o v u *Lectura in Decretales*.

Na str. 47. je třeba korektury co do Portugalska, kde nerozlučnost manželství byla odstraněna r. 1911; zdali v ostatních uvedených státech ještě trvá, netroufáme si tvrditi, ježto nemáme zaručených zpráv o dnešním stavu jich zákonodárství.

Nová knihovna byla V a c k e m zahájena vhodným způsobem, i přejeme ji mnoho zdaru.

Henner.

Trestní řízení.

Lohsing Ernst, Österreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung. II. vyd. Št. Hradec a Vídeň 1920.

Spis Lohsingův je druhým vydáním spisu uveřejněného v r. 1912, jenž svého času vzbudil zaslouženou pozornost jako nový pokus o systematické zpracování látky, jež různé přídavky učinily již méně přehlednou. Zatím ovšem státoprávními změnami i změnami, jež s sebou přinesla poválečná léta na poli sociálním, změnil se podstatně materiál, jež původní systém zpracovával, tak že nové vydání, třeba by v podstatě bylo jen novým otiskem vydání původního, vykazuje přece některé odchylné rysy. Mním tím nejen zpracování dalšího materiálu zákonodárného. Mám na mysli především kruh čtenářů, k němuž nové vydání se obrací. Kdežto dříve šlo tu o právo platné na celém území někdejších království a zemí na říšské radě zastoupených, jde nyní jen o právo platné na území nynějšího Rakouska. V úvodě ovšem podotýká auctor, že přihlížel i k zákonodárství československému, nemohlo se to však státi zcela důsledně, hlavně však i na poli trestního procesu poválečný vývoj v Rakousku na jedné a v Československu na straně druhé bral se částečně různými cestami. Vývoj tu jde tak rychle, že již i mezi tiskem nastaly v Rakousku samém podstatné změny v trestním procesu, tak že auctor sám vydal již dodatek k původnímu textu, v němž zpracovává zvláště rakouskou novellu k trestnímu řádu z r. 1920, již zavedeny byly soudy kmetí.

Že ostatně auctor nepřihlíží jen k pokrokům v zákonodárství, nýbrž i se snaží udržeti krok s pokroky v teorii trestního procesu, toho dokladem jest n. př. nově vsunutá partie o používání norem trestního procesu (str. 15.), kde uvádí nově některá pravidla výkladu pozitivního práva, pak zajímavá partie o pojmu strany v trestním řízení (str. 168. n.) a partie o procesních podmínkách (str. 394. n.), nehledíc k novým oddílům, jež do svého výkladu pojati musil vzhledem ke změně zákonodárství. Sem patří zvláště výklad o náhradě za vazbu vyšetřovací (str. 292.), o rekonstrukci rozsudků a protokolů (str. 534.), o řízení a zabavení jmění (str. 561.), o řízení, jímž se stíhá porušení povinností vojenských orgánů ve válce (str. 575), o výmazu odsouzení (str. 773.) a j.

Třeba by při dle tak rozsáhlém bylo možno v jednotlivostech hájiti odchylného názoru (na př. nejasný výrok na str. 3., že při výroku o výměře trestu „wird nicht ein bereits bestehendes Recht festgestellt, sondern ein neues Recht begründet“, výklad o konkurenci práv žalobních na str. 86. a zvl. 87.), přece jest vděčně uznati systematicky jasné uspořádání látky, důkladnost, s níž kontroversy k jednotlivým otázkám se odnášející jsou zaznamenány, příslušnou literaturou doloženy, a dovedně řešeny, i konečně svědomitost, s níž nové právo do starého rámce je zapracováno. Pro československého čtenáře činí spis zvláště cenným snaha auctorova, vytknouti odchylky, jež v tom neb onom směru se vyskytují v československém právu, i pozornost, již auctor věnuje české literatuře procesuální.

Uváží-li se k tomu obtíže, s nimiž zdělání tak rozsáhlého spisu při nynější téměř denní změně právních řádů jest spojeno, nelze, než spis Lohsingův označiti jako velmi vitanou příručku, již teorie i praxe stejně mohou s prospěchem používatí.

Kallab.

Národní hospodářství.

Fiedler Fr., Socialism před válkou a po válce. Nakladatel J. Otto 1920.

Jak autor v úvodě praví, nemá býti jeho spisek tendenční ani agitační ani polemický, nýbrž prostě informační. Přiznávám, že v tomto směru dosáhl spisovatel cíle sobě vytčeného — objektivnost je vůbec jeho silnou stránkou — a publikace zasluhuje tím větší pozornosti, že tu podává známý národohospodářský odborník nástin socialistického hnutí, jak se mu jeví po válce. Účelem spisku je upozorniti na zásadní změny, jež vynutily si válečné převraty.

V prvních kapitolách naznačil Fiedler stručně — a zajisté pouze úvodem k vlastní studii — vývoj socialismu v Anglii, Francii a Německu, i jeho různé směry. Pokud jde o poslední, staví proti sobě ostře země západní a východní. Podle něho na západě není socialistického hnutí ve vlastním smyslu, t. j. hnutí namířeného proti stěžejním zásadám dnešního právního řádu (jimiž jsou soukr. vlastnictví, svoboda smluvní, právo dědické atd.), jako jest tomu v zemích východních, nýbrž západ setrval na půdě pouhé sociální reformy. Autor totiž přesně rozlišuje od vlastního hnutí sociální reformu (trvající na dosavadním řádu), musí však sám doznati, že hranice namnoze splývají. Dle mého názoru jsou však rozdíly mezi socialismem západním a východním jen důsledkem toho, že v Anglii a ve Francii — spolu s politickým vývojem — socialism vstoupil do pokročilejšího stadia, ve kterém radikální živly byly již pevně ovládnuty většinou odborářskou, vzdalující se politiky a trvající na zásadě evoluční. Ostatně v Anglii vznikla nedávno vládní krise propagací — zejména mezi hornictvem — t. zv. „přímé akce“ ve smyslu programu British-Social Party, Soc.-Democratic Federation a Independent Labour Party. A třebaže ve Francii byla květnová generální stávka poměrně lehce potlačena, přece má Francie ve straně revolučních syndikalistů a guesdistů svoji reální levici tak jako ostatní země. A naopak ovšem jsou i na západě přívrženci marxismu ochotni upustiti z důvodů agitačních od zásadního stanoviska. Nepokládám tedy tak přesné rozlišení za nepostrádatelné.

Větší pozornost, než jaké zasluhují, věnuje Fiedler několika utopistickým návrhům v oboru socialisace (lépe řečeno uniformisace) výživy. Jest bohužel pravda, že válečným a poválečným „policejním socialismem“ byla individuální občanská svoboda neobyčejně postižena, což téměř každý neobyčejně těžce nese; jsem však přesvědčen, že autor silně přeceňuje nynější státní tendenci i schopnost trvale omeziti v oboru výživy individuální svobodu. Jest to prostě důsledek války a počíná již ostatně i v socialistických kruzích pronikati názor, že vázané hospodářství se dlouho neudrží.

Za to velmi zajímavě kritizuje spisovatel dále jeden z nejnovějších návrhů na socialisaci státních financí, totiž Goldscheidův projekt státního kapi-

talismu. Goldscheid účastnil se činně posledního komunistického „puče“ v Mnichově v r. 1919 a byl právě pro tento svůj projekt určen za ministra financí. Propagoval myšlenku, aby soudobý berní stát — hledající ovšem v socialismu útočiště v poválečné finanční tísní — převedl na sebe majetkovou daní přibližně třetinu národního jmění in natura a spekuloval à la hausse, počítaje s rostoucí výnosností výrobního kapitálu a s očekávaným snížením úrokové míry. Fiedler odpovídá na otázku, byl-li by moderní stát s to, aby provedl takovou dalekosáhlou finanční reformu; dovedl by to jen stát, v němž by vládla autorita nad každou pochybnost povznesená, což je vyloučeno při nynější vládě dle politického klíče, nehledíc k tomu, že státní finance vůbec bývají — stará zkušenost — nejslabší stránkou demokracie i socialismu (str. 88).

Podnětem k publikaci byly Fiedlerovi zřejmě markantní rozdíly mezi socialismem předválečným a poválečným. Dlužno přiznati, že rozdíly ty autor velmi bystře zachytil. Uvádím nejdůležitější:

Předně otrásla válka silně vírou v absolutní dogmata vědeckého marxismu, a všude široké vrstvy lidové postavily se za jiné cíle: ruský socialism sjednotil ruské masy k obraně říšské jednoty, německý socialism vytýčil cíl vzkříšení z ponížení, český socialism se postavil do služeb osvobozeného národa. Válkou byla socialistická ideologie uvedena ve zmatek pokud jde o cíl i volbu určité cesty. Nejpozoruhodnějším však jest, že se úplně změnil panující názor, co vlastně má býti podstatou nových řádů. Původní socialism byl filanthropii. Viděl křiklavé rozdíly mezi bohatcem a chudásem. Prostředky, kterými by tyto nesrovnalosti mohly býti vyrovnány, spatřoval v asociaci a v zakročení veřejné moci (Owen, Saint-Simon, Fourier). Proudhonem a Louis Blancem posunuje se sociální problém na jinou půdu, stává se z něho učení třídní; místo dřívějších protiv bohatý—chudý stává se předmětem úvah podnikatel—dělník. Na Ricardově větě, že jen práce je pramenem výroby, vědecky vybudován Marxův historický materialism. Konečně socialism předválečný jest třídní, dělnický. Po válce však opouštíji socialističtí vůdcové dogmata Marxova *via facti*, nevěříce již v samočinnou mechaniku hospodářského vývoje, nevěříce dále, že tytéž řády platí pro výrobu zemědělskou i průmyslovou. Z mlžin velikých neohrazených věšteb vystupuje socialism na pevnou půdu určitě vymezených projektů. Proto posuzuje na př. úkol socialisace zemědělství samostatně a hledá formy přizpůsobené zemědělské povaze.

Jest jistě nemalou zásluhou leptavě analytické práce Fiedlerovy, že zde upozornil na skutečnost, že po válce socialism — z důvodů již naznačených — obrátil své zraky pouze k v e l k ý m podnikům, čímž se neodvratně na nedohlednou dobu zřekl ideálu Marxova o sespolečenštění v š e c h kapitálů: neboť je-li zachováno kapitalistické hospodaření na středních a malých podnicích, jest to zřejmým důkazem, že vůdcové — před válkou papežštější než sám papež — již přestali věřiti v Marxovu teorii o shroutí (Zusammenbruchstheorie). I v Rusku zůstala kapitalistická forma v středním a malém průmyslu, obchodu i v zemědělství netknutá. Tím však nemá býti řečeno, že by nešlo o reformy velkého významu a dosahu, právě naopak; avšak na místo sespolečenštění nastoupila nyní tendence k sestátnění, omezivši se přirozeně na konkrétní úkoly sestátnění dolů, těžkého

průmyslu a velkého majetku pozemkového. Zároveň se — dle autora — vyvíjí nový pojem vlastnictví, jež Fiedler nazývá „vlastnictvím socialisovaným“, t. j. vedle dosavadního soukromého vlastnictví buduje se vlastnictví podnikové, kterým bude vládnouti stát. Stát (mělo by snad býti: vůdcové socialističtí?) postřehl totiž nemožnost zničit kapitalistickou soustavu, a proto ji staví do svých služeb. — Nevím však, jeli možno — alespoň pro nynější dobu — souhlasiti s autorovým názorem, že jedním ze znaků poválečného socialismu je zmírnění třídního boje. Domnívám se, že jest tomu naopak.

Poválečná socialisace jeví se autorovi pojmově jako sestátnění buď plného vlastnictví neb jen některých správních práv vlastnických; arcit účel je jiný, obsáhlejší, než jaký mělo sestátnění dle dosavadních právních pravidel (str. 123). Nehledíc k těmto reformám pokračuje se ve všech státech horečně v dalším budování sociálních reforem ve smyslu všeobecné sociální péče a jest jistě pro nás potěšitelné, mohli-li odb. přednosta Soušek, náš zástupce na Mezinár. konferenci práce ve Washingtoně, konstatovati, že v naší republice jsme v tomto ohledu dále než leckde jinde.

Ku konci snaží se spisovatel naznačiti podstatu nového socialismu a jeho definice zní: kapitalism státní moci podrobený. Z mnoha důvodů změnil se poměr socialistů ke státu. Kdežto orthodoxní marxisté (nemajíce tehda možnosti aktivní politiky) stát buď přehlíželi, věštice mu ponenáhlou smrt, nebo pokládali za nutné jej zničit (anarchismus), dnes dívají se socialistické strany — stavše se téměř všude vedoucími vládními stranami — na stát jako na všemocného kouzelníka, který je vyvede ze slepé uličky, přeceňující jej stejně jako osvicený absolutism. Jinak ovšem tomu rozumějí radikální orthodoxní socialistická křídla, hrozící stranám vládním, že odvrátí od nich davy. Ačkoliv není pro davové agitace učení lákavějšího nad marxism, přece danými mocenskými poměry jest dána i potence dnešního socialismu vůbec a tento nutně musí se omeziti na ovládnutí kapitalismu za vydatné pomoci státní a řešiti shora uvedené konkrétní úkoly.

To jsou asi hlavní myšlenky Fiedlerovy knížky, psané s úzkostlivou nestranností, jež přišla nynější době jistě vhod, a možno říci, že svědomitá analyza autora staví jeho studii na vysokou úroveň. *Dr. Ant. Hamann.*

Zprávy.

Paměť čtyřstého výročí úmrtí mistra V. Kornela ze Všehrd.

Karlova universita uspořádala se Spolkem českých právníků Všehrd dne 3. prosince 1920 ve velké síni koleje Karlovy slavnostní shromáždění, při němž vzpomenu čtyřstého výročí smrti předního českého právníka mistra Viktora Kornela ze Všehrd, profesora a děkana artistické fakulty pražské university. Za Spolek českých právníků Všehrd a vůbec za posluchače právníky promluvil p. Boh. Šejhar. Slavnostní přednášku proslovil profesor právnické fakulty Dr. Karel Kadlec. Přednáška bude uveřejněna v příštím ročníku našeho časopisu. Časopis „Všehrd“ vydal na touz paměť slavnostní dvojčíslo druhého ročníku (1920), obsahující

řadu pietních článků z pera dílem posluchačů práv, dílem mladšího dorostu právnického, před nedávnem absolvovaného.

* * *

Oslava 70. narozenin univ. prof. Dra. Frant. Storch.

Nestor českých kriminalistů, univ. profesor Dr. František Storch, dovršil nedážno sedmou desítku života. „Právnická Jednota“ společně s profesorským sborem právnické fakulty Karlovy university vzdaly dne 3. února 1921 upřímný hold vynikajícímu našemu učenici, autoru monumentálního díla „Řízení trestní rakouské“ (2 sv., I. 1888—1887, II. 1896 a 1897). Slavnostní schůzi, konanou v malé promoční síni Karolina, zahájil starosta „Právnické Jednoty“ Dr. Kasanda a stručným vítacím proslovem i proděkan právnické fakulty prof. Dr. Hora, načež prof. Dr. Miřička jako jeden ze zástupců kriminalistiky na právnické fakultě Karlovy university ocenil stručně jménem profesorského sboru veliké zásluhy jubilantovy o rozvoj české vědy trestního práva. Obšírnější slavnostní přednášku měl kriminalista Masarykovy university prof. Dr. Jaroslav Kallab. Vedoucí odborový přednosta v ministerstvu spravedlnosti Dr. Emerich Polák vzdal jménem justiční správy prof. Storchovi díky za vychování celé řady vynikajících soudců jakož i za ochotu, se kterou jubilant se ujal reformy trestního řádu v naší republice a přál mu mnoho zdraví, aby mohl ještě nový trestní řád vědecky zpracovati. Prof. Dr. Storch hluboce jsa dojat, poděkoval za poctu mu prokázanou. Redakce „Sborníku věd právních a státních“ s radostí se připojuje k uvedeným oslavným projevům.

* * *

Památce polského právního historika slavisty.

Dne 14. prosince 1920 měl v Historickém spolku při bělehradské universitě zajímavou přednášku prof. Fedor V. Taranovskij. Vzpomínal stého výročí prvé vědecké studie na poli srovnávacích dějin slovanského práva. Vyšel r. 1820 první svazek pozoruhodného díla Ignáce B. Rakowieckého „Prawda Ruska“. Přednáška byla zajímavá již tím, že ruský učenec — tou dobou profesor bělehradské university — vzdával hold památce polského badatele, jednoho z představitelů slovanského obrození, ve společnosti srbské a srbským jazykem. Bylo to vůbec první veřejné vystoupení prof. Taranovského ve vědeckých kruzích srbských. Hledíc k této okolnosti předseda Historického spolku prof. N. Vulić zahájil schůzi procitěnou uvítací řečí, v níž vyslovil hluboké politování nad neštěstím, jež postihlo ruský národ, poukázal na to, že v nešťastné době je pro Srby jakousi útěchou aspoň to, že se jim naskytla příležitost použití přímého spolupracovníctví ruských učenců, kteří museli z vlasti své uprchnouti před pronásledováním a hrůzou bolševictví, a vyslovil konečně pevnou víru Srbů v brzké obrození trvale velikého Ruska.

Prof. Taranovskij, dříve než přikročil k vlastní přednášce, srdečně poděkoval předsedovi prof. N. Vulićovi za slova bratrského uvítání a účasti a tlumočil hluboké uznání bělehradské i ostatním universitám království Srbů, Chorvatů a Slovenců za to, že poskytly mnohým ruským učencům možnost pokračovati v profesorské činnosti a vědecké práci.

Přednáška prof. Taranovského skládala se z úvodu a dvou částí. V úvodě přednášející vyložil, proč sté výročí díla Rakowieckého možno pokládati za dovršené. Práce Rakowieckého Prawda Ruska vyšla totiž ve dvou svazcích; první byl uveřejněn r. 1920, druhý r. 1921. Svazek druhý, jehož vydání se následkem ryze vnějších příčin opozdilo, přinesl texty právních památek a a filologické úvahy autorovy. Výsledky vlastního badání autora na poli nejstaršího práva slovanského jsou však úplně obsaženy ve svazku prvním. Proto rok vydání tohoto svazku možno a dlužno pokládati za rok uveřejnění první studie z oboru srovnávacích dějin slovanského práva.

V první části své přednášky podal prof. Taranovskij charakteristiku toho ideového prostředí, v němž vznikla vědecká práce Rakowieckého, v druhé provedl analýsu a kritiku pobíraného díla.

Práce Rakowieckého povstala v širokém proudu slovanského obrození, jímž se tak silně vyznačuje první čtvrtina 19. století. Přednášející načrtl všeobecný obraz tohoto památného myšlenkového hnutí mezi Slovy a na jeho podkladě nastínil počátek vědeckého zpracování dějin slovanského práva.

Práce Rakowieckého spojovala badání o Ruské Pravdě i jiných památkách starého ruského práva se srovnávacím studiem a výkladem starého práva celého Slovanstva. Setkav se na své cestě s normanskou teorií, Rakowiecki vypořádal se s ní velmi dovedně a úplně vědecky. Rozeznává ve starém ruském právu slovanské a normanské elementy, uznává ty i ony v příslušných mezích a mohl ve výsledku své práce plným právem říci, že ruské právo, ač podlehlo normanskému vlivu, uchovalo si přece svého prvotního slovanského ducha. Co se týče tvrzení normanské teorie, jako by veškerá právotvorná činnost mezi Slovy (zvláště ruskými a polskými) byla vycházela výhradně od Normanův a vůbec od Germánů, tu Rakowiecki přesvědčivě vyvrátil a rozhodně odmítl toto apriorní mínění a v duchu Herderovy filosofie dějin postavil se na půdu učení o svéráznosti a původnosti slovanského kulturně-historického typu ve srovnání s německým a vedle něho. Ve své studii Rakowiecki použil a formuloval tak vysoko vyvinutou po vědecké stránce srovnávací historickou metodu, že se ukázal předchůdcem známého anglického právního historika Freemana hlásavšího analogické názozy v 70. letech minulého století.

K. Kadlec.

* * *

O *eugenicě a socialismu* přednášel v Jednotě pro péči hospodářskou a kulturní v Praze docent dr. ing. Jaroslav Kříženecký a v přednášce své došel k těmto větám: Eugenika jest se socialismem ve velice intimní programové souvislosti. Tuto souvislost poznáme, vyjdeme-li z čistě hospodářského pojmání socialismu a vyabstrahujeme-li jednu z jeho základních ideí. Tou jest snaha o organizaci společenského života se zřetelem ke společnosti a pomoci společnosti. Tato idea se uplatňovala již v počátcích socialismu při velké revoluci francouzské, kdy se volalo po organizaci práce, po zřízení ministerstva práce a byly zakládány „národní dílny“. Dnes se projevuje snahou o socialisaci. Socialisovat možno však všechny funkce života společenského. Vyžaduje tak logicky i sám socialismus Marxův. Omezuje-li se Marx na funkce ekonomické, jest to důsledek jeho historického materialismu,

podle kterého vše ostatní jest nadstavbou a vyplývá z poměrů hospodářských. Volá-li se v marxismu po socialisaci na poli hospodářském, chce se tím vlastně mlčky socialisace celého společenského života. Ideou zde jest organisovati podle vědeckého poznání společenské funkce se zřetelem ke společnosti. — Eugenika jest takovýmto socialisačním programem na poli reprodukce. Dosud ovšem nemá eugenika na tomto poli dostatečného programu. Ve směru Galtonovy eugeniky anglické, německé rasové hygieny a americké eugeniky se vyvíjela jednostranně selektivně. Eugenika musí rozšiřovati svůj program na všechny činitele, určující sociálně biologickou hodnotu nových generací, tedy vedle činitelů vnitřních, jimiž jsou dědičné vlohy, i na činitele vnější, jimiž jsou poměry životní. Ale již dnes vystupuje eugenika ideově jako snaha o organisaci reprodukční ve smyslu zájmů společnosti. Proti dosavadní volnosti a libovolnosti na tomto poli žádá eugenika organisaci se zřetelem ke společnosti. V kontrastu „liberalism—socialism“ stojí zde tedy eugenika na straně socialismu. Eugenika jest tedy socialisační procesus reprodukčního. Tuto ideovou souvislost eugeniky se socialismem porušovala kdysi německá rasová hygiena. Svým selekcionismem byla darwinisticky aristokratickou a též protihumánní. Dnes eugenika tento výhradně selekcionistický základ opouští, a uznání vývojového významu vnějších činitelů nás vede k správnému eugenickému ocenění veškerých ochranných institucí sociálních. Tím pak, že dnes nechce býti eugenika kladně selektivní, ale žádá jen negativní selekci toho, co jako patologické se odchyluje od normy, staví se na demokratickou kritériovou půdu, neboť norma jest nám dána průměrem z množství. Rozpory, které byly mezi eugenikou a socialismem vlivem německé rasové hygieny, tedy dnes mizejí a eugenika se přiklání na stranu socialismu. Eugenika jest tudíž v úplné harmonické programové souvislosti se socialismem. Jest prvním bodem programu socialismu v plné jeho myšlenkové šíři i hloubce.

* * *

Právě vyšlo v nové úpravě první číslo „*Věstníku ministerstva financí*“. Věstník má dle úvodních slov min. dra. Engliše sloužiti nejen potřebám správním, ale i soukromé potřebě, veřejnosti domácí i cizí. Věstník sleduje účel spojovati úkol revuální s vlastním úkolem administrativním do té doby nežli bude iniciativou soukromou o úkol revuální postaráno jinak.

První samostatná část normativní obsahuje doslovný otisk finančních zákonů, nařízení, výnosů, přehled judikatury správního soudu a rozhodnutí celní rady. Z druhé samostatné části revuální uvádíme články: Finanční zákon a státní rozpočet naší republiky, Státní dluh čsl. republiky koncem prosince 1920, V čem pozůstávají změny zákona o dávce z vína v lahvích a daně nápojové, Novela k zákonu o dani z lihu. V hlídce legislativní je pojednání o daňových výhodách pro investice, návrh nové daňové sazby při dani z příjmu, návrh zákona o dědické dani atd. . . Část statistická obsahuje celou řadu tabulek, z nichž uvádíme: Čistý výnos daní za měsíc září a do konce září 1920 srovaný s preliminářem a s lonským rokem, zajímavý diagram o pohybu čsl. koruny na curyšském trhu, výkaz o stavu a pohybu vkladů u bank za I. sem. 1920, pak hlídku zahraniční.

Redakce nelituje peněžních obětí a obrací se na veřejnost a zvláště na kruhy finanční se žádostí, aby ji upozornili, jakým způsobem by bylo část revuální zdokonaliti, aby dosaženo bylo cíle shora vytknutého. Adresa: Věstník ministerstva financí, Praha I., Husova 20. Záloha na předplatné 50 K na konto pošt. šek. úřadu č. 37792* 65.



BINDING SECT. JUL 23 1973

K
23
B67
roč.20

Sborník věd právních a
státních

**PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET**

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
